Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Corso di Laurea Magistrale in

Giurisprudenza

a.a. 2021-2022

La legittima difesa: caratteristiche, limiti ed evoluzione del diritto di autotutela in Italia e in Germania.

Relatore: Prof.ssa Chiara Silva

Studente: Elena Bozzato

INDICE

INTRODUZIONE……...IX

CAPITOLO I
LA LEGITTIMA DIFESA IN ITALIA

1. Origini ed evoluzione dell'istituto…….....1

2. Dal codice Zanardelli al codice Rocco……..……6

3. Le cause di giustificazione. Profili Generali…….....11

4. La versione originale dell'articolo 52 c.p……....15

4.1. Il diritto proprio e altrui……19

4.2. Attualità e involontarietà del pericolo…….....20

4.3. L'offesa ingiusta……....24

4.4. La reazione difensiva……..26

4.5. La necessità della difesa…….…27

4.6. Il rapporto di proporzione fra offesa e difesa……30

5. L'eccesso colposo prima della riforma e la legittima difesa putativa…….…34

CAPITOLO II
LE RIFORME E LA "NUOVA" LEGITTIMA DIFESA

1. La legge 13 febbraio 2006 n. 59: la legittima difesa domiciliare……....41

2. Struttura e requisiti della legittima difesa domiciliare…….....47

2.1. La nozione di domicilio…….....49

2.2. Limiti soggettivi della scriminante speciale…….....53

2.3. La peculiarità della nuova situazione offensiva e i suoi limiti oggettivi…….....55

2.4. La reazione difensiva…….....58

2.5. La presunzione di proporzione……...62

3. Casi giurisprudenziali…….....66

4. Le problematiche della legittima difesa speciale e l'esigenza di una riforma…….71

5. La legge 26 aprile 2019 n. 36 e la "nuova" legittima difesa……...74

5.1. Da "legittima difesa" a "difesa legittima"…….....77

6. L'eccesso colposo nella legittima difesa speciale: ampliamento dei casi di non punibilità…….....81

7. Fraintendimenti e considerazioni conclusive…….....84

CAPITOLO III
LA LEGITTIMA DIFESA IN GERMANIA

1. Approccio comparatistico in chiave generale…….....89

2. Il codice penale tedesco……...91

2.1. Struttura……..91

2.2. Ambito di applicazione…….....92

2.3. Origini…….94

3. La Costituzione tedesca…….....96

4. § 32 StGB: *Notwehr*……98

4.1. La condizione di "necessità" difensiva…….....102

4.2. L'attualità dell'aggressione……..104

4.3. La difesa preventiva……..109

4.4. Il mancato requisito espresso della proporzione……..110

5. § 33 *Uberschreitung der Notwehr*: l'eccesso di legittima difesa…….....114

6. Brevi cenni sulla legittima difesa in altri ordinamenti……..117

CAPITOLO IV
LA LEGITTIMA DIFESA NELLA LEGISLAZIONE EUROPEA E INTERNAZIONALE

1. L'art. 31 dello statuto istitutivo della Corte Penale Internazionale…….....125

2. L'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite……..127

3. Il possibile contrasto fra legge di riforma della legittima difesa e l'art. 2 della CEDU….....130

4. Casi giurisprudenziali della Corte della Corte EDU…….....140

CONCLUSIONI……147

BIBLIOGRAFIA……151

INTRODUZIONE

Nel corso degli anni, ma soprattutto nell'ultimo ventennio, la fattispecie normativa della legittima difesa è stata oggetto di discussioni e dibattiti tanto dottrinali quanto giurisprudenziali che hanno condotto a percepire la necessità di porre delle modifiche legislative a tale istituto, contribuendo così ad alterare l'originaria prefigurazione prefissata dal legislatore del 1930, prima con la riforma del 2006 e poi in seguito con la più recente del 2019.

Altri motivi, che hanno portato il legislatore rivedere a tale istituto, sono stati determinati dalle continue problematiche che la vecchia disciplina riscontrava nell'ambito del proprio particolare regime applicativo e alla grandissima insoddisfazione suscitata dall'opinione pubblica, poiché l'assetto definito dal codice Rocco risultava poco consono e poco conforme alle nuove esigenze dei cittadini.

Il codice penale italiano è nato in un ambiente storico molto diverso rispetto a quello che caratterizza la società moderna, infatti nel 1930 l'Italia era in pieno regime fascista e soltanto con l'entrata in vigore della Costituzione sono subentrati quei valori di carattere democratico e liberale che poi hanno portato il legislatore a fare delle scelte normative ben diverse rispetto a quelle passate.

L'indagine che qui si presenta è volta a ripercorrere le fasi, i tratti e le finalità di un istituto giuridico di grande spessore poiché esso va a toccare l'assetto dei diritti fondamentali dell'individuo, tema da sempre ritenuto da trattare con prudenza e delicatezza.

A conferma della complessità della questione, basta allargare lo sguardo a tutti i casi di cronaca, anche di notevole fama, che hanno portato gli operatori del diritto a chiedersi se le leggi, che disciplinavano tale branca del diritto penale, fossero realmente efficienti e sufficienti, a fronte di tutte le problematiche, che in maniera lenta e progressiva, venivano a galla e le altrettante costanti polemiche, che sorgevano da parte dei cittadini, per i responsi di giustizia considerati sproporzionati e iniqui. In particolar modo si contestava l'apparato sanzionatorio applicato ai casi di legittima difesa, considerato

troppo poco incisivo per l'aggressore e molto spesso troppo severo e ingiusto per coloro invece che subivano l'aggressione.

In seguito al continuo malcontento della popolazione e ai continui dubbi suscitati da una disciplina sempre più incerta e vaga, i giuristi hanno dovuto così farsi carico di una grande impresa ossia cercare di modificare l'assetto originario dell'istituto, al fine di mettere d'accordo legge e opinione pubblica, che in un certo senso possono essere considerate due facce della stessa medaglia poiché da sempre l'una subisce condizionamenti dall'altra e viceversa.

Non sono mancati casi in cui i giudici, dunque persone di un certo rilievo all'interno della società poiché detentori del potere di decidere sul destino dei cittadini e soprattutto sulle limitazioni di libertà inferte, abbiano preso nel corso della storia decisioni assolutamente non accolte dall'opinione pubblica e ritenute palesemente ingiuste. In uno stato democratico non si può assolutamente non tenere conto del tono inquisitorio con cui i cittadini criticano il sistema legislativo che li governa, poiché essi, per quanto possano essere considerati individui del tutto sprovvisti di una cultura giuridica approfondita, possono fungere da stimolo e da incentivo per la revisione di un sistema percepito normativamente carente.

Negli ultimi anni il legislatore ha riservato una particolare attenzione verso la legittima difesa domiciliare dunque verso quella parte dell'istituto che tutela la sfera più privata e intima di ogni individuo. La questione fondamentale è sempre stata quella di garantire una disciplina tale da levare ogni dubbio al cittadino su quale comportamento fosse ritenuto il giusto modello da tenere per chi si fosse trovato in una situazione di aggressione all'interno del proprio domicilio e il limite massimo entro cui egli avesse potuto rendere concreta la sua difesa, senza passare dalla parte del torto. A riguardo, anche in tale situazione, non sono mancati casi di cronaca che hanno visto l'aggressore diventare vittima e la vittima diventare il carnefice.

Il più delle volte l'intervento dei mass media, invece che fungere da sano veicolo informativo per l'intera popolazione, è stato fonte di confusione e dubbi dovuti alle continue alterazioni della realtà ed enfatizzazioni di inutili contesti e situazioni in maniera inadeguata e imprudente.

È giusto pensare invece che lo strumento della legittima difesa debba costituire un giusto compromesso tra i valori giuridici del nostro ordinamento e i valori etico-sociali dei cittadini, al fine di trovare un punto d'incontro che possa far sentire la popolazione adeguatamente tutelata dal proprio ordinamento giuridico ma contemporaneamente tenendo conto dell'esigenza generale di dover far rigorosamente rispettare tutte le leggi dello Stato.

In questa indagine l'accentuato interesse verso il fondamento e l'evoluzione della scriminante non ha escluso il confronto con le dinamiche che avvengono all'interno degli altri Stati europei, in particolar modo in Germania. Il confronto con la Germania permette di comprendere come lo stesso problema, sia esso di carattere legislativo, giuridico o di qualsiasi altra natura, possa essere risolto da ogni Paese, anche geograficamente molto vicino, ricorrendo a soluzioni del tutto diverse.

Partendo dal presupposto che il diritto, per sua natura, non è né statico né unico, il confronto con gli altri Stati sarà utile per capire come in un altro Paese venga amministrata la giustizia e su quali basi e principi sia stato creato il sistema legislativo tuttora vigente.

Il codice penale di ogni Stato può essere considerato il risultato dei precedenti storici, della posizione geografica e dell'organizzazione politico-amministrativa di ogni Paese e soltanto grazie a delle ricerche più approfondite si arrivano a cogliere analogie e differenze tra i vari ordinamenti, in particolar modo esaminando come essi possano essersi in qualsiasi modo vicendevolmente influenzati nel corso del tempo. Una lettura comparatistica diventa così uno strumento assai utile per gli operatori del diritto, non solo al fine di cogliere analogie e differenze tra i vari ordinamenti giuridici, ma può essere anche fonte d'ispirazione per tentare di creare una maggior armonizzazione del diritto europeo. Lo scopo è sempre stato quello di avvicinare i vari Paesi a un sempre più simile e unito assetto normativo, in modo tale da attenuare le differenze di trattamento all'interno di ogni ordinamento giuridico, in particolar modo nell'ambito del diritto penale e contribuendo così a creare un unico contesto normativo che più si avvicini alla grande idea di unione configurata in una concezione prettamente

europeista. Il diritto comparato vuole dimostrare come non esista un solo metodo per poter disciplinare un istituto giuridico, ma tanti metodi e ogni metodo venga utilizzato per un determinato motivo specifico. Si può dire che tutto dipenda dagli scopi che si prefissa ogni Paese e le finalità giuridiche che esso vuole raggiungere.

In questo elaborato si prenderanno in considerazione non solo le soluzioni adottate dalla Germania e gli altri Paesi, ma si farà anche un breve ma significativo accenno al contesto internazionale ed europeo, in cui la legittima difesa, grazie all'importanza che la CEDU conferisce ai diritti e le libertà fondamentali dell'individuo, viene ampiamente tutelata. In tal senso si ripercorrerà la disciplina della scriminante in questione attraverso l'esame delle numerose sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. In particolar modo, si cercherà di sciogliere il dubbio sull'ipotetica illegittimità della legittima difesa domiciliare alla luce della nuova riforma che, apparentemente, sembrerebbe propagandare per una totale e giustificata "giustizia fai da te".

Capitolo I

LA LEGITTIMA DIFESA IN ITALIA

SOMMARIO: 1. Origini ed evoluzione dell'istituto. – 2. Dal codice Zanardelli al codice Rocco. – 3. Le cause di giustificazione. Profili generali. – 4. La versione originale dell'articolo 52 c.p.; 4.1. Il diritto proprio e altrui; 4.2. Attualità e involontarietà pericolo; 4.3. L'offesa ingiusta; 4.4. La reazione difensiva; 4.5. La necessità della difesa; 4.6. Il rapporto di proporzione fra offesa e difesa. – 5. L'eccesso colposo prima della riforma e la legittima difesa putativa.

1. Origini e ed evoluzione dell'istituto

La legittima difesa è un istituto previsto nel nostro ordinamento giuridico ed è disciplinata dall'articolo 52 del codice Rocco. Essa si colloca fra le cause di giustificazione del reato e trova il suo fondamento nella necessità di autotutela della persona, che si manifesta quando, in assenza dell'ordinaria tutela apprestata dall'ordinamento, viene riconosciuta, in determinate condizioni ed in certi limiti, una deroga al monopolio dello Stato dell'uso della forza[1].

Si può ritenere che qualsiasi progetto di concessione o ampliamento di tale potere non sia diretto all'esaltazione della forza e del prestigio dello Stato ma piuttosto alla possibilità per il "privato onesto" di difendere i propri diritti in maniera legittima, quasi ammettendo da parte delle forze pubbliche la propria incapacità nella prevenzione e nella repressione degli illeciti e fornendo al privato cittadino "un'arma legittima" per

[1] P. BEVERE, *La legittima difesa. Aggiornato alla legge 26 aprile 2019, n.36*, Torino, 2019, p. 5.

difendersi e considerando il principio di autotutela come espressione primitiva di reazione contro il torto, contro l'abuso pubblico e privato[2].

La ragione fondante dell'istituto è probabilmente ispirata al brocardo latino "*vim vi repellere licet",* tratta dal Digesto di Giustiniano, che rende lecita la condotta di chi respinge la violenza con la violenza[3]. Questa locuzione latina fu utilizzata per porre l'accento sulla facoltà concessa all'aggredito di respingere con l'uso della forza una minaccia d'offesa personale o un'intrusione esercitata in modo clandestino e per tale ragione ritenuta potenzialmente omicidiaria[4]. Dietro questa formula si potrebbe desumere che ogni qualvolta un soggetto subisca un'offesa, che egli ritenga essere ingiusta e pericolosa per la propria incolumità, possa far ricorso all'uso della forza. Sembrava quasi che all'epoca si affermasse l'esistenza di un diritto naturale, in capo a ogni cittadino, di respingere qualsiasi aggressione o intrusione senza che si ponesse, per il compimento di questo "atto giusto", un problema di misura e di appropriatezza della reazione alla situazione concretamente insorta[5]. Si può dire che la possibilità di difesa era confinata ai casi in cui l'attacco o l'intrusione domiciliare si concretassero nell'offesa alla vita e all'incolumità personale dell'aggredito[6].

È più naturale considerare la condotta dell'aggressore immeritevole di tutela o protezione alcuna e, al contrario, valutare con maggior tolleranza e flessibilità la reazione dell'aggredito, i cui interessi sono privilegiati nella misura in cui la reazione appaia (anche solo presuntivamente) rimedio necessitato e non comprimibile dalla minaccia di una pena per l'offesa arrecata[7].

Tale istituto ha avuto, nel corso del tempo, una vasta e articolata evoluzione. Nel diritto romano la legittima difesa era basata su quei valori che, a quell'epoca, erano ritenuti fondamentali, come ad esempio la difesa alla vita, al pudore e all'integrità personale e all'epoca delle XII tavole si prendeva in considerazione l'ipotesi di una reazione

---

[2] P. BEVERE, *op. cit.*, p. 6. "Principio al quale anche l'ordinamento più centralizzato, che rimetta cioè tutto l'apparato sanzionatorio all'azione di organi predisposti, non può rinunciare; così come all'autotutela non può rinunciarsi quando difetti un potere in grado di applicare sanzioni nei confronti di soggetti di un dato ordinamento". Vedasi sul punto, M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Torino, 2000, p. 211.

[3] D. NOTARO, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, Torino, 2020, p. 24.

[4] *Ibidem.*

[5] L. ARU, *Difesa legittima (diritto romano)*, *in Noviss. Dig. It*., V, Torino, 1957, p. 619.

[6] C. FERRARINI, *Diritto penale romano,* in *Completo trattato di diritto penale*, Milano, 1894, p. 33; G. F. FALCHI, *Diritto penale romano,* I, Padova, 1932, p.154.

[7] D. NOTARO, *op. cit.*, p. 25.

difensiva attuata di fronte ad un'aggressione domiciliare effettuata durante le ore notturne, considerata simbolo d'intento omicida dell'aggressore, tale da considerare l'uccisione dell'intruso come reazione di giustificata e istintiva difesa[8].

Nel *Decretum Gratiani*, redatto nel XII secolo, la legittima difesa era considerata come un diritto naturale e si credeva nell'esistenza di un dovere morale di rispettare in maniera assoluta il valore della vita umana donata da Dio a tutti[9]. Grazie agli ideali di San Tommaso D'Aquino, i canonisti iniziarono a parlare di legittima difesa intesa come «retto uso del potere di coazione connaturale al superiore diritto dell'aggredito, non oltre cioè i limiti connaturali ad ogni diritto soggettivo che si debba far rispettare e al momento in cui esso si deve far rispettare»[10].

Il più grande contributo che si deve al diritto canonico è quello di essersi concentrato sulla richiesta di una particolare moderazione nell'uso dell'azione difensiva, cercando una soluzione per far coesistere l'esistenza della causa di giustificazione con il generale divieto di uccidere qualcuno; l'azione difensiva dovrebbe essere mossa solo dall'obiettivo di difendere il diritto proprio e altrui e mai messa in atto per vendetta o intenti malvagi[11].

Nell'epoca successiva al periodo di Tommaso D'Aquino, gli studiosi del diritto continuarono a considerare come oggetto di protezione e meritevole di tutela i beni come la vita e l'onore, applicando la disciplina della legittima difesa in maniera sempre più rigorosa e restrittiva, fino ad arrivare a Grozio, secondo cui la scriminante era ammessa solo in casi estremi dove il pericolo era assolutamente inevitabile poiché considerava prioritaria l'aggregazione consensuale dei cittadini volta a rinunziare ad alcuni diritti al fine di ottenerne altri come l'ordine e pace sociale[12].

Con il codice napoleonico la legittima difesa fu incasellata nei reati contro la persona e, al fine di ritenerla veramente legittima, furono stabiliti dei requisiti particolari come, ad esempio, la presenza di un'ingiusta e attuale aggressione subita verso di sé, verso gli altri o anche verso i propri averi, contro aggressioni notturne o diurne[13].

---

[8] D. NOTARO, *op. cit.,* p. 24.
[9] *Ibidem,* p. 26.
[10] G. CALORE*, Legittima difesa (diritto canonico)* in *Enc. dir*., XXIV, Milano, 1974, p. 48.
[11] D. NOTARO, *op. cit.*, p. 27.
[12] Sul pensiero di Grozio, G. DEL VECCHIO*, Lezioni di filosofia del diritto*, Milano, 1963, p. 56.
[13] D. NOTARO, *op. cit.,* p. 33.

Nel codice penale redatto nel 1808 per il Regno di Napoli, sotto il dominio di Giuseppe Bonaparte, si afferma la non punibilità per l'uccisione di ladri notturni che si introducano nelle abitazioni altrui «e che persistano nell'intenzione del furto, nonostante la conclamazione degli assaliti», al pari degli omicidi dei ladri diurni che girino per le strade impugnando armi e di quelli che, armati, operino in luoghi disabitati[14].

Tale impostazione è stata mantenuta dal codice napoleonico del 1810 in cui, precisamente agli articoli 328 e 329, si prevedeva l'esenzione da pena non soltanto per chi poneva in essere un omicidio, ma anche chi per chi, durante la difesa, provocava percosse o lesioni[15] attuate per necessità di legittima difesa di sé stesso o altri.

Su questo filone di pensiero furono impostati la maggior parte dei codici prima dell'Unità d'Italia, compresi alcuni all'interno dell'Europa[16], che riproducevano in maniera quasi del tutto fedele e conforme alle disposizioni normative del codice napoleonico.

Grozio, Hobbes, Locke, Kant, Pudendorf , Fichte, Carrara e tanti altri studiosi del diritto hanno, nel corso del tempo, arricchito il panorama di idee e opinioni sul concetto di legittima difesa, contribuendo all'evoluzione e la metamorfosi progressiva di tale istituto. Thomas Hobbes riteneva che l'uomo dovesse sfuggire alla condizione connaturata in ogni individuo di *bellum omnium contra omnes* e affermava l'esigenza della creazione di un sistema di leggi valido per tutti, che potesse garantire l'esistenza

---

[14] È il caso di rimarcare il collegamento con quanto espresso dalla common law già nel XVI secolo, nella quale già si giustificava l'omicidio «*limited…to the contexts of robbery and bulgary and murder on the king's highway»* sul presupposto che tali situazioni sottendessero *«the breach of the king's peace»* (e dunque una ragione esplicativa non strettamente individualistica): per richiami a tali trascorsi (e all'opera di Edward Cooke) v. G. BINDER, *An introduction to U.S law: Criminal law*, , New York, 2016, p. 350.

[15] A queste si sarebbero poi aggiunte in via interpretativa anche la difesa del pudore sessuale, della virtù e dell'onore: G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal général,* Parigi, 2003, p. 282 e richiami.

[16] Fra questi è opportuno citare il codice penale citinese del 1816, quello delle isole Jonie del 1941, quello maltese del 1854 e quello di San Marino del 1865. Essi erano tutti legati dal fatto che presupponevano la legittimità della reazione difensiva soltanto nel caso in cui la vittima si fosse trovata in condizioni di assoluta necessità di respingere aggressioni esercitate all'interno del domicilio. Nelle isole greche la legittima difesa era riferita al trattamento dei soli delitti di omicidio e di lesioni, i quali non erano considerati imputabili quando erano determinati dalla necessità di salvare la propria vita, il proprio pudore o il pudore di un prossimo congiunto. Nella codificazione maltese la disciplina della legittima difesa, contenuta nell'art. 224, è rimasta fino ad oggi immutata e prevede che la punibilità sia esclusa : a) quando il fatto sia commesso per respingere, nel tempo di notte, la scalata o la rottura degli ingressi di un'abitazione, di un luogo privato o delle appartenenze di questi; b) quando il fatto sia commesso nell'atto di difendersi da una persona che stia commettendo o tenti di commettere un furto o un saccheggio mediante violenza; c) quando il fatto sia imposto dalla attuale necessità di respingere un'aggressione sessuale di sé o di altri. Sul punto vedasi, S. VINCIGUERRA, *Umanità delle pene detentive, prevenzioni del reato e ristoro del danno nel codice penale jonio*, in AA. VV., *Codice penale degli Stati Uniti delle isole jonie* (1841), a cura di S. Vinciguerra, Padova, 2007, XI ss.

pacifica di tutti i consociati. Per Hobbes l'uomo vive in un continuo stato d'insicurezza che mina la sua stessa conservazione e tale stato fisico lo porta a percepire la necessità di utilizzare l'ordinamento come ancora di salvezza[17]. Nonostante Locke, come pensiero, fosse molto vicino a Hobbes, è opportuno sottolineare che il primo aveva una visione della natura maggiormente "positiva", infatti riteneva che lo stato di natura non fosse un luogo caratterizzato dall'insicurezza dell'uomo e da costante guerra contro tutti, ma al contrario lo definiva uno "stato di libertà" in cui ogni individuo può determinare le proprie azioni, la propria vita e regolare i propri beni come meglio ritiene opportuno, sempre però nel rispetto delle regole dello stato di natura. Egli non esclude la presenza del pericolo, infatti, credeva nella creazione di uno società civile che coesistesse con lo stato di natura, dove i diritti naturali non possono assolutamente essere limitati o eliminati[18]. Kant sosteneva la necessità morale di una giustizia retributiva[19]. Pudendorf sosteneva che la responsabilità penale scompariva davanti a un comportamento di chiara legittima difesa poiché si riteneva assodato che qualsiasi individuo, nel momento stesso del pericolo, potesse sentirsi turbato in maniera tale da renderlo incapace di frenare i suoi istinti attraverso la ragione; dunque la reazione a differenza di essere ponderata, consisteva in un atteggiamento del tutto istintivo e quasi mai moderato infatti affermava che «nelle società civili bisogna assolutamente fuggire se lo si può fare comodamente, piuttosto che uccidere l'aggressore»[20].

---

[17] T. HOBBES*, Leviatano*, trad. it. di G. MICHELI, Firenze, 1976, I ristampa 1988, p. 124. Hobbes sul diritto naturale scrive:«Il diritto di natura, che gli scrittori comunemente chiamano *ius naturale*, è la libertà che ogni uomo ha di usare il suo potere come egli vuole per la preservazione della propria natura, vale a dire, della propria vita e, per conseguenza, di fare qualunque cosa nel suo giudizio e nella sua ragione egli concepirà essere il mezzo più atto a ciò […]. Una legge di natura è un precetto o una regola generale scoperta dalla ragione, che vieta ad un uomo di fare ciò che è lesivo della sua vita o che gli toglie i mezzi per preservarla».

[18] J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo*, trad. it. di A. GIALLUCA, Milano, 1998, IX ed., 2017, p. 245. Locke scrive: «Gli obblighi della legge di natura non vengono meno nella società, ma anzi, in molti casi, diventano più stretti, e le leggi umane vi associano sanzioni tanto note da rafforzarne il rispetto. Così la legge di natura costituisce una norma interna per tutti gli uomini, per i legislatori come per gli altri. Le norme che si danno per azioni degli altri uomini devono essere conformi alla legge di natura […]. E poiché la fondamentale legge di natura è la conservazione del genere umano, nessuna umana sanzione può essere buona o valida se in contrasto con essa».

[19]Egli affermava che: «Nell'idea della nostra ragion pratica c'è ancora qualcosa che accompagna la trasgressione di una legge morale, ed è l'esser *meritevole di punizione*. […] La punizione è dunque un male fisico che, anche se non fosse legato con ciò che è moralmente cattivo come conseguenza *naturale*, dovrebbe comunque esservi legato come conseguenza in base ai principi di una legislazione morale». V. *Critica della ragion pratica*, trad. it. in I. KANT, *Scritti morali*, a cura di P. Chiodi, Torino,1970, p.175ss.

[20] S. PUFENDORF, *Il diritto della natura e delle genti*, a cura di N. Bobbio e F. Todescan, Milano, 2018, p. 235.

Tutte queste correnti di pensiero hanno espresso in maniera palese la necessità di catalogare la legittima difesa come un istituto non da limitare, ma al contrario da disciplinare accuratamente attraverso le norme del codice.
Carrara sosteneva che l'istituto fosse caratterizzato da tre elementi essenziali ossia l'ingiustizia del male minacciato, la sua gravità e la sua inevitabilità. Carrara fa l'esempio del condannato a morte che per salvarsi uccida il carnefice, o quello del criminale che respinga la forza pubblica in caso di arresto e uccida il poliziotto. Egli riteneva inoltre che la giustizia mancasse anche quando l'aggressione accadeva nei casi di adulterio o di rapina, cioè in tutte quelle ipotesi in cui il pericolo nasceva da un comportamento riprovevole di chi agiva[21].

2. Dal codice Zanardelli al codice Rocco

Al fine di comprendere al meglio l'istituto della legittima difesa, può risultare utile la ricostruzione, seppur parziale, della nascita dell'art. 52 c.p. come lo conosciamo oggi e dell'acceso dibattito che suscitò la presentazione del nuovo testo, il cui progetto fu presentato nel 1927, al fine di sostituire la disciplina dell'art. 49, comma 1, n. 2 del codice Zanardelli[22]. Analizzando l'articolo, la prima cosa che sicuramente balza all'occhio è l'assenza di alcun riferimento all'elemento della proporzionalità tra difesa e offesa, prevedendo, come unica condizione, che l'azione difensiva sia esercitata poiché spinta dalla necessità di difendere da sé o da altri una violenza attuale e ingiusta. La violenza doveva essere in corso d'opera, oltre che contraria alla legge, essendo appunto

[21] Lo studioso affermava che: «La parola *difesa* esprime ancora un'idea complessa. Quando l'uomo non la esercita soltanto sopra di sé o sopra le cose sue, ma agendo sopra la persona di altri o sopra le cose altrui, la *difesa* non rappresenta più la semplice idea di *riparo*, ma quella di *repulsa*. E quest' azione ulteriore, ponendo la difesa in urto coi diritti di colui avverso il quale si esercita, non può illimitatamente concedersi; perché dalla giustizia sociale soltanto deve attendersi il regolamento dei rispettivi diritti degli uomini nello scontrarsi tra loro», sul punto F. CARRARA, *Diritto della difesa pubblica e privata (Prolusione al corso accademico dell'anno 1859-1860)*, in *Opuscoli di diritto criminale del Professor Francesco Carrara,* IV ed., Vol. I, Prato, 1885, p. 134.
[22] La legittima difesa nel codice Zanardelli, era così disciplinata in via generale dall'art. 49 c.p., comma 1, n.2: «Non è punibile colui che ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di respingere da sé o da altri una violenza attuale e ingiusta». A sua volta l'art. 376 di questo codice al primo comma affermava: «Non è punibile colui che ha commesso alcuno dei fatti preveduti nei capi precedenti (cioè l'omicidio e la lesione personale) per esservi stato costretto dalla necessità: 1. di difendere i propri beni contro gli autori di alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 406, 407, 408 e 410, o dal saccheggio», ossia i reati di saccheggio, rapina, estorsione o ricatto. Sul punto A. DI TULLIO D'ELISIIS, *La nuova legittima difesa*, Santarcargelo di Romagna, 2019, p. 31.

necessario, al fine di determinare il momento utile per l'esercizio della difesa legittima, che fosse in atto l'offesa, non essendo per nulla sufficiente, come invece adesso, il pericolo di un'offesa[23]. Altra differenza riscontrabile rispetto alla disciplina attuale consiste nella previsione da parte dell'attuale articolo 52. c.p. di poter agire in ossequio alla scriminante anche per la protezione di diritti di natura patrimoniale[24] e soprattutto nella creazione di un sistema di tutela domiciliare, sconosciuto dal codice Zanardelli, in cui si può ben desumere come la scriminante operasse in un ambito applicativo molto più ridotto rispetto a quello odierno[25].

Nel complesso si può affermare che il codice Zanardelli costituì una linea di continuità con l'elaborazione del principio del «moderame di incolpata tutela»[26]. Necessità e tutela erano, dunque, considerate i due pilastri fondamentali della legittima difesa: la prima considerata espressiva della costrizione, percepita dalla vittima al momento dell'aggressione, e della finalità di costui nel tutelare e conservare il diritto minacciato; la seconda caratterizzata da una concezione personale del requisito e affidata a una valutazione ragionevole d'inevitabilità dell'azione[27]. Già nel 1886 la dottrina del *moderamen inculpatae tutelae* stava iniziando a mostrare segni di debolezza e nel corso del tempo si affermarono due principali scuole di pensiero: la Scuola Classica[28] e la

---

[23]Argomentando *a contrario*: Cass. pen., sez. I9 gennaio 1984, in *Cass. pen. 1985,n. 1094, Giur.it. 1984, II*, p. 379. Sul punto A. DI TULLIO D'ELISIIS, *op. cit.*, p. 32.

[24] "Nel vigente ordinamento penalistico – a differenza del codice Zanardelli – è consentita la reazione a difesa anche dei diritti patrimoniali, purché sussista la proporzione e la violenta condotta difensiva costituisca l'unico mezzo per impedire l'aggressione al patrimonio (Cass., 11.5.1981; 24.1.1987)". Sull'argomento, si veda: Cass. pen. sez. I, 20 giugno 1997, n. 6979.

[25] Per dare un quadro storico più completo dell'istituto va detto che il Codice sardo del 1859 regolava la disciplina attraverso questi articoli: art. 559 ("Non vi è reato quando l'omicidio, le ferite, o le percosse sono comandate dalla necessità attuale di legittima difesa di sé stesso o di altrui, od anche del pudore in atto di violento attentato"); art. 560 ("Sono compresi nei casi di necessità attuale di legittima difesa i due seguenti: 1) Se l'omicidio, le ferite, le percosse abbiano avuto luogo nell'atto di respingere di notte tempo la scalata, la rottura di recinti, di muri, o di porte d'entrata in casa o nell'appartamento abitato o nelle loro dipendenze; 2) Se hanno avuto luogo nell'atto della difesa contro gli autori di furti o di saccheggi eseguiti con violenza verso le persone"); art. 563 ("L'omicidio commesso per eccesso di legittima difesa della vita o del pudore, o per eccesso nell'esercizio della forza pubblica, è punito col carcere. Colla stessa pena è punito l'omicidio che, per eccesso nella difesa, sia commesso di giorno nell'atto di respingere lo scalamento o la rottura di recinti, muri, porte, finestre di una casa, o di un appartamento abitato, o di luoghi dipendenti da abitazione").

[26] G. CRIVELLARI, *Il Codice penale per il Regno d'Italia interpretato sulla scorta della dottrina, delle fonti, della legislazione comparata e della giurisprudenza,* art. 31-60*,* Torino, 1892, p. 506.

[27] D. NOTARO*, op. cit.*, p. 43.

[28] Il fulcro della scuola classica, maturata nella seconda metà dell'ottocento, è il libero arbitrio, cioè la libera scelta dell'individuo nelle proprie azioni. I principali esponenti furono Francesco Carrara, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham. Essi ritenevano che l'uomo fosse assolutamente libero nella scelta delle proprie azioni e ponevano a fondamento del diritto penale la responsabilità morale del soggetto intesa

Scuola Positiva[29]. Col passare del tempo, l'idea che il diritto alla vita, anche quella del ladro, avesse maggior importanza rispetto al diritto di proprietà diventava sempre più difficile da accettare e l'evoluzione tecnica dei congegni delle armi, azionabili anche "automaticamente", mise tanto la giurisprudenza quanto la dottrina nelle condizioni in cui fosse necessario prendere in considerazione anche altri scenari criminosi e non solo, quindi, il caso del "ladro notturno", ma anche situazioni in cui l'intrusione fosse potuta avvenire senza la presenza del proprietario in casa: si trattava dunque di dar una risposta alla questione sulla liceità o meno dell'omicidio del criminale mediante congegni meccanici ovvero *offendicula*[30].

La disciplina della legittima difesa rimase immutata fino all'entrata in vigore dell'attuale codice Rocco nel 1930. Le scelte del codice Zanardelli furono sia riviste che

---

come rimproverabilità per il male commesso e una concezione etico - retributiva della pena. Sul punto, F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 1992, p. 560-561.

[29] I principali promulgatori di tale corrente furono Cesare Lombroso, Enrico Ferri, Raffaele Garofalo e Giulio Fioretti. Essi credevano che il delitto non fosse una manifestazione libera e responsabile del soggetto, ma un fenomeno determinato da particolari cause antropologiche, fisiche e sociali. Sul punto, E. FERRI, *Sociologia criminale, Vol. I*, Torino, 1929.

[30] È una parola della lingua latina utilizzata in diritto per indicare strumenti usati per ostacolo o impedire l'accesso non autorizzato a estranei a proprietà private o per la difesa di beni immobili e/o mobili. A tal proposito, nel 1898 la Cassazione si pronunciò in una particolare sentenza che si riferiva al caso di un noto ladro che, durante la notte, riuscì a entrare all'interno del domicilio di un dottore. Il ladro fu ucciso da due colpi di doppietta collocata dal proprietario dietro l'uscio di una porta e attivata involontariamente e inavvertitamente dall'intruso, che aveva urtato contro tale uscio. La Cassazione si trovò dunque nella difficoltà di dover mettere a confronto da una parte la tutela della proprietà privata e dall'altra il diritto alla vita e si dimostrò propensa a considerare la presenza della legittima difesa anche in questo caso di specie. Considerò, infatti, del tutto lecito il comportamento del proprietario, in particolare il suo diritto a fare in casa sua tutto ciò che non gli fosse vietato dalla legge e che potesse fungere da difesa contro i criminali. La Cassazione aggiunse che si poteva considerare la sostanziale equivalenza tra la difesa a mani proprie e quella per mezzo di apparecchi automatici. Sul punto, Corte di Cassazione, 10 novembre 1897, Montalboldi. In una nota a tale sentenza Alessandro Stoppato indebolisce ulteriormente il paradigma del *moderamen inculpatae tutelae*. Stoppato contrappone il diritto alla vita e il diritto di proprietà dei «cittadini» e dei «galantuomini» a quello dei «ladri», arrivando a ricondurre la proprietà aggredita al bene della vita, per il tramite del lavoro e quindi della vita incorporata nel bene prodotto. Vedi A. Stoppato, *Il diritto del proprietario di apprestare nella sua casa mezzi per uccidere il ladro notturno*, in *La Cassazione unica*, 1898, p. 386 s.: esemplarmente si veda ivi, p. 386: «È vero […] che scade, nella proporzione giuridica, il dritto di proprietà in confronto di quello della vita, ma è pur vero che il primo non è se non che una esplicazione dell'altro». Vedi ancora Corte di Cassazione, udienza del 10 novembre 1897, Montaboldi, p. 206: «O vuol si invece che torni lo stesso e che non vi sia differenza sia che si offenda con la propria mano l'autore della scalata o rottura, sia che lo si offenda per respingerlo mediante un apparecchio predisposto a tale scopo come se non debba aversi riguardo alla volontà dell'agente ed anche al suo modo di operare in tutti gli atti che sono necessari alla consumazione del reato, ed allora, posto che l'apparecchio valga e rappresenti il braccio dell'autore, non potrebbe negarsi la discriminante dell'articolo 376 n. 2 codice penale, giacché la legge non richiede la condizione che vi sia fondato timore per la sicurezza personale di chi si trovi nella casa, se non quando si tratti dell'altro caso, di cui nel suddetto n. 2 dell'art. 376».

abbandonate, ma soprattutto la novità fu di introdurre in maniera esplicita il parametro della proporzione già, per taluni, da ritenersi implicito nel vecchio art. 49 c.p.[31].

Il Codice Rocco, tuttora vigente, accolse un indirizzo intermedio tra le due Scuole di pensiero, cioè quello del sistema bipartito o doppio binario[32].

Con l'avvento del Governo Mussolini, nel 1930 si arrivò all'ufficiale soppressione del Codice Zanardelli, che fu sostituito dal codice Rocco. Esso fu promulgato in pieno periodo fascista e il suo nome deriva da Alfredo Rocco, guardasigilli del Governo Mussolini. Tale codice entrò in vigore il primo luglio 1931 e, unito alla Costituzione e alle leggi speciali, costituisce, tuttora, la più grande fonte italiana del diritto penale.

Il testo originario[33] del progetto di Alfredo Rocco, ministro di grazia e giustizia e affari di culto dal 1925 al 1932, presentato nel 1927 fu ampiamente discusso e criticato. La Commissione Ministeriale, incaricata di dare un parere sul progetto, sosteneva l'esigenza della presenza di una distinzione dei beni aggrediti e la necessità di aggiungere all'articolo una clausola di "inevitabilità" della "violenza attuale e ingiusta" da respingere, motivando tale proposta con la notevole frequenza di casi di difesa evidentemente sproporzionati come l'uccisione da parte del contadino di chi cerchi di rubargli dei grappoli d'uva[34]. Il requisito della "violenza attuale e ingiusta" viene sostituito dal requisito del "pericolo attuale di un'offesa grave e ingiusta", estendendo in tal modo l'ambito dell'aggressione; ma dai giuristi provengono indicazioni prevalentemente negative, poiché viene fatta notare la mancata indicazione dei beni giuridici tutelabili con l'esercizio del diritto ad uccidere o comunque di ledere l'incolumità fisica dell'aggressore[35].

Dopo l'esame accurato da parte della Commissione Parlamentare, nel 1929 il ministro Alfredo Rocco presenta il progetto definitivo, che è il seguente:«Non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia

---

[31] G. BUFFONE*, La "nuova" legittima difesa: diritto naturale all'autodifesa o licenza di uccidere?,* 27 gennaio 2006, in *www.altalex.com.*

[32] «Il sistema del doppio binario sanzionatorio è caratterizzato dalla presenza simultanea di due categorie di sanzioni distinte per funzioni e disciplina: le pene, ancorate alla colpevolezza del soggetto per il fatto di reato e commisurate in base alla gravità di quest'ultimo, e le misure di sicurezza, imperniate sul concetto di pericolosità sociale dell'autore del reato e di durata indeterminata» . Sul punto, S. MELODIA, *Sistema del doppio binario e garanzie individuali: il controllo dell'autore imputabile pericoloso nel diritto penale francese,* Tesi di laurea, Università degli studi di Milano, 2013, in *Dir. Pen. Cont., Archivio* 2008-2009.

[33] Sul punto, P. BEVERE, *op. cit.,* p. 8.

[34] *Ibidem*, p. 9.

[35] *Ibidem.*

proporzionata all'offesa»[36]. Si può ben vedere come la definizione di legittima difesa si identifichi con quella attualmente in vigore nel nostro codice penale. L'istituto viene a essere caratterizzato dai tre requisiti a noi noti cioè il "pericolo attuale dell'offesa", la "necessità dell'offesa" e la "proporzionalità tra azione e reazione".

Nella Relazione il Ministro illustra in modo approfondito la *ratio* che l'ha condotto alla nuova configurazione dell'istituto, sostenendo come la legittima difesa sia ritenuta l'eccezione rispetto alla regola e identificando il sistema statale come l'ordinario mezzo di tutela[37]. Col codice Rocco molte sono le innovazioni in termini di possibilità di difesa, infatti si introduce la possibilità di agire non solo per salvaguardare l'incolumità propria ed altrui, ma anche per tutelare beni patrimoniali. Le differenze con il vecchio codice Zanardelli non sono poche: il vecchio requisito della "violenza attuale e ingiusta" viene sostituito da un "pericolo attuale di un offesa grave e ingiusta", ampliando, in questo modo, l'ambito dell'aggressione poiché la tipologia del diritto aggredito perde rilevanza, rientrando tutti nella definizione di "diritti" sul quale incombe un particolare "pericolo" e l'unico requisito rimasto inalterato è la qualificazione di "gravità" dell'offesa[38]. La Cassazione espresse particolare perplessità per l'interpretazione troppo estensiva dell'art 52 c.p., scagliandosi contro quella corrente di pensiero che attribuiva il particolare diritto di autotutela a qualsiasi individuo, in relazione a qualsiasi diritto o bene minacciato da un comportamento commesso in violazione del contratto sociale[39].

Secondo l'opinione di Rocco "La legittima difesa opera contro un pericolo e non reintegra una situazione giuridica già pregiudicata poiché in questa seconda ipotesi

---

[36] P. BEVERE, *op. cit*., p. 10.

[37] "La difesa privata fu mezzo ordinario di tutela dei propri beni in tempi non civili, ma fu naturalmente bandita e punita correlativamente al progredire degli ordinamenti sociali e politici, che avocavano alle Autorità costituite nello Stato il mantenimento della pace sociale, assicurando a ciascuno ciò che gli spetta"; "Dovette però sempre riconoscersi che anche nelle società più perfettamente ordinate possono riconoscersi che anche nelle società più perfettamente ordinate possono ricorrere momenti eccezionali, nei quali l'individuo non può attendere dalle Autorità la difesa dei propri diritti, per l'attualità del pericolo che incombe e che non consente remora alcuna, e fu giocoforza ammettere che in tali condizioni la difesa privata fosse legittima, purché proporzionata all'attacco, che si deve respingere". Sul punto, P. BEVERE, *op. cit*., p. 9 ss.

[38] D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*: *da Carrara a Rocco*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II ed., 2006, p. 818.

[39] "Di fronte alla nuova concezione di uno stato, consapevole della sua autorità della sua forza, alla quale concezione noi abbiamo fatto omaggio, come si può conciliare l'inopinata abdicazione dei suoi più gelosi poteri al cittadino, sino al punto da concedere libero corso all'esercizio della difesa privata per ogni e qualsiasi diritto? Di fronte alla necessità e mestieri inchinarsi; ma questa sia intesa entro limitata cerchia della difesa personale, oltre la quale si va verso l'anarchia." Si veda a tal proposito P. BEVERE, *op. cit.,* p. 9. Si veda inoltre G. TESSITORE, *Fascismo e pena di morte. Consenso e informazione*, Milano, 2000, p. 143. D. SICILIANO, *op. cit.*, p. 817.

l'offesa costituisce già un fatto compiuto ed anche filologicamente, oltre che giuridicamente non potrebbe trovare applicazione la nozione di difesa"[40]. Egli inoltre sosteneva che il requisito della necessità tra azione e reazione dovesse essere ricondotto all'esplicito riferimento all'attualità del pericolo. Per quanto riguardava il requisito di proporzionalità tra difesa e offesa, non si faceva riferimento a particolari diritti in gioco poiché essi potevano essere di diverso valore e il requisito faceva riferimento solo all'azione difensiva rispetto a quella aggressiva[41].

3. Le cause di giustificazione. Profili generali.

Le cause di giustificazione, dette anche scriminanti o esimenti[42], sono situazioni particolari nelle quali un fatto, che di regola sia considerato reato, è imposto o consentito dalla legge, pertanto non è antigiuridico e conseguentemente è esente da pena[43]. Alla luce di ciò si ritiene che un fatto, nonostante la sua conformità alla fattispecie penale astratta, vada valutato dall'origine come lecito[44].

Il termine "cause di giustificazione" non nasce all'interno del codice penale ma rappresenta una categoria di matrice dottrinale: il legislatore le definisce come

[40] P. BEVERE, *op. cit.*, p. 11.

[41] Così Rocco affermava: «La difesa deve essere proporzionata all'entità dell'offesa e non necessariamente all'importanza dell'interesse che si vuole difendere. Anzi, l'aggressione denota, non di rado, tanto maggiore pericolosità quanto meno rilevante è il bene aggredito. Non si nega che, talvolta, anche l'importanza dell'interesse da difendere possa costituire un elemento per giudicare della gravità dell'offesa, ma non è mai questo un elemento essenziale e non può mai essere l'unico elemento di valutazione della legittimità della difesa. La gravità dell'offesa consiste nella gravità del pericolo, nel modo, cioè, con cui si offende». Si veda a tal proposito P. BEVERE*, op. cit.*, p. 11ss.

[42] Da non confondere con le cause di esclusione della colpevolezza o scusanti, che rappresentano quelle situazioni in cui il soggetto agente non avrebbe potuto realizzare un comportamento alternativo a quello in concreto posto in essere, con la conseguenza che il legislatore ha ritenuto di non poter sottoporre a sanzione penale un soggetto non rimproverabile perché la condotta non era esigibile. Sul punto, R. MARINO, P. CASTELLETTI, *La nuova legittima difesa, Commento organico alla L.26 aprile 2019, n.36 (Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa)*, Napoli, 2019, p. 12.

[43] R. MARINO, P. CASTELLETTI, *op. cit.,*, p. 7.

[44] Sulla definizione di causa di giustificazione si veda A. ANGIOINI, *Le cause che escludono l'illiceità obiettiva penale*, Milano, 1930. Secondo C. FIORE, comune a tutte le ipotesi di cause di giustificazione è il fatto che «il realizzarsi del diritto obiettivo passa necessariamente attraverso il compimento, da parte dell'agente, di un fatto preveduto dalla legge come reato». Tale teoria trova conferma proprio nelle previsioni contenuto negli articoli 52, 53, 54, ove «la necessità di compiere il fatto tipico è espressamente indicata come requisito della fattispecie giustificante. La legge allude, in modo del tutto esplicito, al fatto che la difesa di un diritto proprio e altrui, il mantenimento o il ripristino della legalità, la salvaguardia del più elementare dei diritti – quello della conservazione della vita e della salute – rendono necessaria la commissione di un fatto tipico». Sul punto, C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale, Vol. I,* Milano, 2016, p. 340.

"circostanze che escludono la pena" (art. 59 c.p.), da non confondere, né sul piano teorico né su quello pratico, con le cause di esclusione della colpevolezza (o scusanti), le quali invece mantengono l'antigiuridicità del fatto[45]. Pur se il codice che connota come circostanze che escludono la pena è da ritenere pacifico che questa categoria sia dotata di autonomia concettuale e funzionale, comprensivo tante delle scriminanti comuni e tanto di quelle speciali[46].

Il fondamento politico-sostanziale delle cause di giustificazione è differenziato a seconda si aderisca ad un modello di tipo monistico o pluralistico: il primo riconduce tutte le scriminanti ad un unico principio, identificato nella prevalenza del vantaggio sul danno, nel bilanciamento dei beni in conflitto o nel contemperamento tra interesse e contro interesse; il secondo, quello maggioritario, ritiene che ogni scriminante abbia una propria *ratio* giustificatrice e ricorre essenzialmente ai principi dell'interesse prevalente (valutazione comparativa degli interessi in conflitto), dell'interesse mancante o equivalente (solo in riferimento al consenso dell'avente diritto e inerente alla rinuncia del titolare alla conservazione del proprio bene)[47].

A seconda che si aderisca alla c.d. teoria bipartita o tripartita del reato[48] cambiano i presupposti dell'istituto in esame : secondo la prima impostazione tali situazioni sono da ricomprendere tra gli elementi oggettivi del reato (*id est* elementi negativi del fatto), ovvero elementi che devono mancare affinché il fatto possa essere considerato penalmente rilevante e dunque "tipico"; secondo la teoria tripartita invece le cause di giustificazione rappresentano fattori esterni al reato, in quanto rendono lecito un fatto

---

[45] P. BEVERE, *op. cit.,* p. 1.

[46] R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale e speciale*, Molfetta-Roma, 2021, p. 190.

[47] R. GAROFOLI, op. cit., p. 190-191. Da un punto di vista logico-giuridico, le cause di giustificazione obbediscono al principio di non contraddizione per cui "uno stesso ordinamento non può, nella sua unitarietà, imporre o consentire e, ad un tempo, vietare il medesimo fatto senza rinnegare sé stesso e la sua pratica possibilità di attuazione".

[48] Nell'ambito della dottrina italiana, la concezione tripartita convive con la c.d. bipartizione, la quale si limita a scomporre il reato in un elemento oggettivo e in un elemento soggettivo, mancando così l'antigiuridicità come elemento costitutivo autonomo del concetto d'illecito penale. Invece per la teoria della tripartizione, sorta in Germania all'inizio del novecento e recepita in Italia negli anni trenta, il reato si scompone in tre categorie sistematiche cioè il fatto tipico, inteso come fatto materiale, comprensivo dei requisiti oggettivi (condotta, evento, causalità); l'antigiuridicità, ossia la contrarietà del fatto materiale all'ordinamento giuridico; la colpevolezza, nelle sue forme del dolo e della colpa, nonché di quella intermedia della preterintenzione. Il sistema tripartito presenta l'ulteriore vantaggio di riflettere con grande trasparenza le componenti strutturali del reato; ancor più, esso scandisce i passaggi in cui normalmente si snoda il processo mentale del giudice in sede di accertamento del fatto. Sul punto, C. FIANDACA, E. MUSCO, *Manuale di diritto penale, parte generale*, VII ed., Bologna, 2016, p. 7ss. Sul punto vedasi anche, R. GAROFOLI, *op. cit*., p. 191.

tipico, escludendone l'antigiuridicità, considerata elemento autonomo insieme alla tipicità e alla colpevolezza[49].

Il reato "scriminato" non contrasta più con gli interessi della società, come di solito avviene normalmente e non si può nemmeno più parlare di danno sociale, perché viene salvato un bene giuridico che ha un valore superiore per la comunità, o per lo meno uguale, rispetto a quello che si sacrifica[50].

Quando si parla di cause di giustificazione, è necessario fare riferimento al principio di bilanciamento degli interessi, che avviene sulla base del rispettivo valore attribuito nel caso concreto e risulta chiaro capire come le scriminanti possano risolvere il conflitto tra tutti gli interessi, di volta in volta in gioco, tutelando quello che la legge ritiene essere prevalente: se Caio cagiona la morte di Tizio in stato di legittima difesa, la tutela della vita dell'aggressore soccombe rispetto a quella dell'aggredito, poiché l'aggressore si è posto contro il diritto e dunque l'interesse dell'aggredito acquista un valore socialmente più elevato[51]. Si può affermare che le cause di giustificazione escludono l'offesa al bene giuridico giacché non è più tutelato dalla norma e vi sarà un'offesa in senso naturalistico (la perdita della vita nell'uccisione per legittima difesa), ma non un'offesa in senso giuridico, perché appunto giustificata[52].

L'unita dell'ordinamento giuridico comporta non solo che le scriminanti possano essere previste in qualsiasi luogo dell'ordinamento, ma anche che la loro efficacia sia 'universale', cioè sarà il fatto sarà lecito in qualsiasi parte dell'ordinamento e, quindi, non potrà essere assoggettato a nessun tipo di sanzione (penale, civile, amministrativa)[53]

---

[49] R. MARINO, P. CASTELLETTI, *op. cit.*, p. 8. Gli autori sostengono che molteplici siano le ricadute pratiche derivanti dall'adesione a una teoria piuttosto che all'altra soprattutto in merito alla formula di proscioglimento da adottare nel caso di assoluzione per esistenza di una scriminante poiché aderendo alla tesi della bipartizione dovrebbe essere pronunciata sentenza di proscioglimento con la formula "perché il fatto non sussiste", mentre in base alla seconda teoria si dovrebbe utilizzare la locuzione "perché il fatto non costituisce reato". Anche sul piano dell'onere della prova, le due teorie trovano punti contrastanti. Seconda la teoria tripartita dovrebbe essere l'imputato interessato a far accertare al giudice l'esistenza di una scriminante, mentre l'attore (PM) dovrebbe limitarsi a provare i fatti costitutivi del reato. Invece secondo la teoria bipartita l'accusa dovrebbe fornire la prova (diabolica) dell'esistenza di tutti gli elementi positivi del fatto ma anche la mancanza di tutte le cause di giustificazione legislativamente presviste.

[50] F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2000, p. 269.

[51] P. BEVERE, *op. cit.,* p. 2.

[52] F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 232ss.

[53] G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, VIII ed., Milano, 2019, p. 285. Ad es. chi cagiona la morte di qualcuno per legittima difesa non potrà essere assoggettato né a pena, né a sanzioni civili per il risarcimento dei danni morali e materiali.

Nella categoria delle scriminanti vi rientrano la legittima difesa, lo stato di necessità, l'esercizio di un diritto, il consenso dell'avente diritto, l'adempimento di un dovere e l'uso legittimo delle armi[54].

Il codice penale prevede alcune norme comuni per tutte le cause di giustificazione, in particolar modo l'art. 59 c.p.[55]. La dottrina prevalente ritiene che le scriminanti operino su un piano meramente oggettivo e che siano valutate a prescindere dalla consapevolezza della loro esistenza, poiché il nostro ordinamento è incentrato sul principio di offensività[56]. Nel caso invece di supposizione erronea della presenza di una causa di giustificazione (c.d. scriminante putativa) questa è sempre valutata a suo favore[57]. Tuttavia l'ultimo periodo del comma quarto disciplina la scriminante putativa colposa, che prevede un vero e proprio delitto colposo.[58]

Le cause di giustificazione si basano sul principio del *bilanciamento degli interessi in conflitto* e la prevalenza di uno o dell'altro è determinata da una valutazione di carattere comparativo del loro rispettivo valore[59].

Una parte della dottrina sostiene che le cause di giustificazione soggiacciano alla regola della *rilevanza obiettiva*, poiché la liceità o illiceità del fatto non può assolutamente

---

[54] T. PADOVANI, *Diritto penale*, XII ed., Milano, 2019, p. 193. Esse possono essere definite come cause di giustificazione comuni, suscettibili di essere applicate a qualsiasi tipo di reato e proprio per tali ragioni sono inserite all'interno del codice penale. Non viene esclusa la possibilità di contemplare la presenza di cause di giustificazione speciali ossia riferite a singole fattispecie incriminatorie, come ad esempio l'art. 728, comma 2, c.p., relativo al trattamento idoneo a sopprimere la coscienza o la volontà effettuato dall'esercente una professione sanitaria a scopo scientifico o di cura. Non possono chiaramente essere ammesse scriminanti non codificate e di natura consuetudinaria, poiché la gerarchia delle fonti si oppone al loro riconoscimento.

[55] L'art. 59 c.p., comma 1, afferma che: «Le circostanze che attenuano o escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute o da lui per errore ritenute inesistenti».

[56] P. BEVERE, *op. cit*., p.2.

[57] L'art. 59 c.p., comma 4, afferma : «Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui». Ciò avviene ad esempio quando l'agente si rappresenta una situazione materiale inesistente che consente un comportamento invece integrante reato ovvero quando vi sia un errore sulla legge extrapenale o sul divieto, ma mai sulla legge penale (salvo che sia dovuto a ignoranza inevitabile). La giurisprudenza tende ad interpretare in modo restrittivo tale norma, poiché ritiene che l'errore sia ragionevole e possa apparire scusabile sulla base dei dati di fatto e delle massime di esperienza, quindi la sua applicazione è marginale. Sul punto P. BEVERE, *op. cit*., p.5.

[58] L'art. 59 c.p., comma 4, afferma: «Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo».

[59] T. PADOVANI, *op. cit.,* 2019, p. 191. L'autore afferma che: «La presenza di un'aggressione ingiusta non legittima qualsiasi tipo di reazione difensiva, ma soltanto quella che sia "proporzionata" all'offesa (art. 52, comma 1, c.p.). Non sempre però tale valutazione comparativa è demandata al giudice, in base ad un apprezzamento in concreto (…); talvolta essa è, per così dire, "cristallizzata" nella previsione scriminante, come ad es., nell'esercizio di un diritto o nell'adempimento di un dovere (art. 51, comma 1, c.p.); l'interesse, che queste situazioni giuridiche tendono a soddisfare, è privilegiato, una volta per tutte, dalla loro stessa qualificazione normativa (diritto e dovere giuridico)».

essere desunta dall'atteggiamento personale del soggetto che non sempre sa che il fatto sia giustificato o arrivi addirittura a pensare che non lo sia[60].

Il legislatore, nel delineare la fattispecie criminosa, risolve un conflitto di interessi, assegnando a uno di essi la prevalenza rispetto a tutti gli altri e punendo le condotte che abbiano come interesse uno qualsiasi in contrasto con quello prescelto[61].

Dunque in presenza di una causa di giustificazione il fatto tipico risulta "obiettivamente lecito", proprio perché, come anticipato poc'anzi, prescinde dall'atteggiamento personale del soggetto agente e ciò è uno degli aspetti fondamentali della disciplina per mantenerla distinta dal concetto di colpevolezza, in cui alla base vi è un criterio di rimproverabilità personale[62].

4. La versione originale dell'art. 52 c.p.

La legittima difesa è la causa di giustificazione disciplinata all'articolo 52 c.p. Il vecchio testo dell'articolo così recitava: «Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionale all'offesa». L'articolo, a differenza poi della successiva riforma del 2006 e quella del 2019, era composto soltanto da un comma, cioè il primo rimasto invariato da sempre e presente tuttora nel codice in versione originale. Quest'articolo subordina la liceità del fatto realizzato per legittima difesa alla condizione che l'agente si sia trovato a dover affrontare il pericolo attuale di un'offesa ingiusta nei confronti di un diritto proprio o altrui[63]. La legittima difesa può essere considerata come una particolare forma di autotutela concessa a individuo che, in determinate situazioni, agisce per difendere un proprio o altrui diritto di cui percepisca la minaccia. Secondo un orientamento, si può ritenere che il fondamento della scriminante si poggi sull'autotutela "privata",

[60] *Ibidem,* p. 192.
[61] Ad esempio, nel fatto tipico previsto dall'art. 624 c.p. relativo al furto, viene attribuita la priorità al possesso delle cose mobili, a discapito di ogni altro tipo di interesse che il ladro intenda soddisfare. Ma se il furto viene commesso per salvare sé o altri da un pericolo, non volontariamente causato e inevitabile, di un danno grave alla persona, le cose si capovolgono e l'interesse prevalente non risulta più il possesso delle cose mobili. Sul punto, *Ibidem*, p. 187.
[62] *Ibidem*, p. 188.
[63] D. NOTARO, *op. cit.*, p. 66.

sussidiaria rispetto a quella pubblica cui non si possa ricorrere in maniera tempestiva; secondo un altro, il fondamento si basa sulla lotta contro l'illecito, di fronte al quale il diritto non deve cedere mai[64]. Da un lato chi sosteneva che la legittima difesa fosse da considerare come un'autorizzazione dell'uso della forza, da parte del singolo, del tutto eccezionale e utilizzata esclusivamente per tutelare la propria vita o incolumità fisica, non applicabile per tutelare la proprietà[65]. Dall'altro lato chi, invece, riteneva che la legittima difesa potesse essere applicata anche per difendere tendenzialmente tutti i beni propri o altrui, quando lo Stato non arriva a realizzarla[66].

La dottrina penalistica si è sforzata di elaborare i principi generali che presiedono alle scriminanti e, ai fini della corretta applicazione e interpretazione, la dottrina ha voluto rintracciare il fondamento sostanziale[67] delle scriminanti attraverso due modelli esplicativi: quello monistico e quello pluralistico, anche se non completamente esaustivi[68]. Secondo il primo modello, tutte le scriminanti andrebbero ricondotte a uno stesso principio cioè il criterio della "prevalenza del vantaggio sul danno" o il "bilanciamento tra beni in conflitto" o del "mezzo adeguato per il raggiungimento di uno scopo approvato dall'ordinamento giuridico. Mentre il modello pluralistico sostiene che le scriminanti vadano ricondotte a principi diversi, in particolare al principio "dell'interesse prevalente"[69] o a quello "dell'interesse mancante". La dottrina contemporanea e la giurisprudenza[70] sono d'accordo nel ritenere che la legittima difesa sia una forma di autotutela del privato e ciò in deroga al principio del totale monopolio dello Stato dell'uso della forza, poiché la scriminante agisce quando l'intervento

[64] T. PADOVANI, *op. cit*., p. 205. Le due prospettive sono da ritenere del tutto complementari poiché la dottrina che si basa sull'autotutela spiega con difficoltà la possibilità di agire in soccorso di terzi e l'altra dottrina non prende in considerazione la possibilità di agire contro aggressioni incolpevoli, tendendo a svincolare la difesa dal limite della proporzione (limite riconosciuto espressamente seguendo la prima dottrina dell'autotutela per cui la difesa deve essere proporzionata all'offesa per essere legittima).

[65] Come accennato nel paragrafo precedente,questo era il pensiero della Scuola Classica.

[66] Questo era il pensiero della Scuola Positiva.

[67] La ricerca del loro fondamento sostanziale e l'adeguata sistemazione concettuale avevano due obiettivi: uno di tipo interpretativo, cioè quello di giovare all'interpretazione del significato dei requisiti di ciascuna causa di giustificazione e uno di tipo analogico, poiché la conoscenza della *ratio* rende possibile un'applicazione analogica delle esimenti, non sottoposte al vincolo della riserva di legge di cui all'art. 25, c. 2 e art. 2 c.p. Sul punto, G. FIANDACA, E. MUSCO*, op. cit.,* p. 64.

[68] *Ibidem*, p.72-73.

[69] Il primo fondamento della legittima difesa, dell'esercizio di un diritto, dell'adempimento di un dovere, dell'uso legittimo delle armi, il secondo tipo di interesse fondamento del consenso dell'avente diritto e dello stato di necessità. Sul punto, G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale,* p.72s.

[70] Cass., 4 agosto 1941, in *Riv. it. dir. pen*., 1941, p. 509. Essa affermava che: «La difesa individuale del diritto proprio o altrui contro una violenza attuale e ingiusta, è legittima perché determinata da un motivo rispondente alla necessità di evitare un danno irreparabile in un momento in cui la pubblica difesa dello Stato non può esercitarsi o è insufficiente».

pubblico risulti non tempestivo ed efficace[71]. Leggendo però l'articolo, è chiaro come il legislatore non ha previsto una legittima difesa assoluta e illimitata ma ha fissato dei confini entro i quali essa può legittimamente essere esercitata, poiché se essi venissero superati, anche se l'azione è diretta alla difesa, sarebbe in ogni caso considerata antigiuridica e punibile dall'ordinamento.

La legittima difesa ha lo scopo di "accordare prevalenza all'interesse del soggetto ingiustamente aggredito rispetto a quello di chi si è posto volontariamente contro la legge, con il conseguente venir meno del danno sociale che giustifica l'intervento dello Stato e l'applicazione della sanzione penale, sì da rendere lecito un fatto altrimenti vietato in quanto costituente reato"[72]. Si può dedurre pertanto che la legittima difesa consistente nella protezione e la tutela di un bene aggredito in maniera ingiusta[73] e "risponde ad un'esigenza naturale, la quale induce l'aggredito a respingere l'aggressione"[74]. Parte considerevole della dottrina ritiene che la "reazione è autorizzata dall'ordinamento giuridico perché l'offesa all'aggressore è indispensabile per salvare l'interesse dell'aggredito"[75] e proprio perché "questo interesse per la comunità ha un valore superiore a quello dell'aggressore, manca nel fatto quel danno sociale che giustifica l'intervento dello Stato con la sanzione punitiva[76].

La Cassazione penale nel 2015 ha affermato che: «La configurabilità della scriminante della legittima difesa è richiesta, in primo luogo, oltre all'offesa ingiusta, l'attualità del pericolo, che ricorre quando vi sia una situazione di aggressione in corso e la cui cessazione dipende necessariamente dalla reazione difensiva, come atto diretto a rimuovere la causa di imminente pericolo»[77] e «implica che l'offesa ingiusta si prospetti

---

[71]A tal proposito si veda: G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit., p.* 298 ss; C. F. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità,* Milano, 1964, p. 308; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, VI ed., Torino, 2013, p. 262; P. BEVERE, *La legittima difesa*, p. 5; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale, p.* 356; F. SARNO, M. SARNO, *L'evoluzione della legittima difesa*, Milano, 2008, p. 5.

[72] Cass. pen. sez. I, 27 maggio 2010, n. 23221. In senso conforme: Cass. pen., sez. I 8 marzo 2007, n. 16677 ("La legittima difesa, la cui *ratio* è comunemente individuata nella prevalenza accordata dallo Stato all'interesse del soggetto ingiustamente aggredito rispetto a quello che si è volontariamente posto contro la legge, con conseguente venire meno di quel danno sociale che giustifica l'intervento e la applicazione della sanzione penale, così rendendo lecito un fatto altrimenti vietato perché costituente reato, ruota su due poli della aggressione ingiusta e della reazione legittima").

[73] Cass. pen., sez. I, 25 maggio 1981, n.7185.

[74] Cass. pen., sez. I, 7 novembre 1978, in *Cass. pen*. 1980, p. 689, *Riv. pen*., 1979, p. 844.

[75] F. ANTOLISEI*, Manuale di diritto penale*, Parte generale, Milano, 1997, p. 293.

[76] *Ibidem*, p. 293.

[77] Cass. pen., sez. V, 22 dicembre 2015, n.7119.

concreta e imminente, così da rendere necessaria l'immediata reazione difensiva (sez. I, n. 6591 del 27 gennaio 2010 – dep. 18 febbraio 2010, *omissis,* Rv. 246566)»[78].

La Cassazione penale nel 2013 disse: «La legittima difesa esige che il fatto sia commesso per la necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta»[79] e la reazione legittima «deve inerire alla necessità di difendersi, alla inevitabilità del pericolo e alla proporzione tra difesa e offesa (tra le altre, sez. I, n. 45425 del 25 ottobre 2005, dep. 15 dicembre 2005, *omissis,* Rv. 233352)»[80]. Dunque la reazione deve essere: a) necessaria, poiché l'unica possibile[81], perché «non sostituibile con altra meno dannosa, ugualmente idonea ad assumere la tutela del diritto (proprio o altrui) aggredito»[82] e non ricorre quando lo stato di pericolo sia stato volontariamente determinato dall'aggredito[83]; b) non è rimpiazzabile «da altra meno dannosa ma ugualmente idonea ad assicurare la tutela dell'aggredito»[84] fermo restando che «colui che è reiteratamente aggredito agisce come può, secondo la concitazione del momento, e non è tenuto a calibrare l'intensità della reazione, finalizzata ad indurre la cessazione della avversa condotta lesiva, salvo l'ipotesi di

---

[78] *Ibidem*.

[79] Cass. pen., sez. V, 20 marzo 2013, n. 26595.

[80] Cass. pen., sez. I, 19 febbraio 2013, n. 3148. In senso conforme: Cass. pen., sez. I, 22 ottobre 2015, n. 47177 ("La reazione legittima deve inerire alla necessità di difendersi, all'inevitabilità del pericolo e alla proporzione tra difesa e offesa"); Cass. pen., sez. I, 29 novembre 2012, n. 1490 ("È giurisprudenza consolidata di legittimità che i presupposti essenziali della legittima difesa sono costituiti da un'aggressione ingiusta e da una reazione legittima: mentre la prima deve concretarsi nel pericolo attuale di un'offesa che, se non neutralizzata tempestivamente, sfocia nella lesione di un diritto (personale o patrimoniale) tutelato dalla legge, la seconda deve inerire alla necessità di difendersi, alla inevitabilità del pericolo e alla proporzione tra difesa e offesa"); Cass. pen. sez., IV, 10 febbraio 2004, n. 16908 ("I presupposti essenziali della legittima difesa – scriminante ammessa nei confronti di tutti i diritti, personali e patrimoniali – sono costituiti da un'aggressione ingiusta e da una reazione legittima; mentre la prima deve concretarsi in un pericolo attuale di un'offesa che, se non neutralizzata tempestivamente, sfocia nella lesione del diritto, la seconda deve inerire alla necessità di difendersi, alla inevitabilità del pericolo ed alla proporzione tra difesa e offesa").

[81] A. DI TULLIO D'ELISIIS, *op. cit.*, p. 51.

[82] Cass. pen., sez. I, 1 dicembre 1995, n. 2554.

[83] In tal senso: Cass. pen., sez. I, 9 novembre 2011, n. 2654 ("La determinazione volontaria dello stato di pericolo esclude la configurabilità della legittima difesa non per la mancanza del requisito dell'ingiustizia dell'offesa, ma per difetto del requisito della necessità della difesa"). In senso conforme: Cass. civ., sez. III, 8 novembre 2012, n. 19294 ("In tema di legittima difesa viene ritenuta regola di esperienza che colui che è reiteratamente aggredito reagisce come può, secondo la concitazione del momento, e non è tenuto a calibrare l'intensità della reazione, finalizzata ad indurre la cessazione della avversa condotta lesiva, salva l'ipotesi di eventuale manifesta sproporzione della reazione; Cass. pen., sez. I, 14 febbraio 2006, n. 15025 ("La determinazione volontaria dello stato di pericolo esclude la configurabilità della legittima difesa non per la mancanza del requisito dell'ingiustizia dell'offesa, ma per difetto del requisito della necessità della difesa, sicché l'esimente non è applicabile a chi agisce nella ragionevole previsione di determinare una reazione aggressiva, accettando volontariamente la situazione di pericolo da lui determinata").

[84] Cass. pen., sez. V, 16 marzo 2018, n. 33837.

eventuale manifesta sproporzione della reazione»[85]; c) deve sussistere la proporzionalità tra difesa e offesa e la scriminante non è giustificabile «quando l'offensività si è esaurita»[86], «il requisito della proporzione tra offesa e difesa viene meno nel caso di conflitto fra beni eterogenei, allorché la consistenza dell'interesse leso (…) abbia un'intensità e un'incidenza di gran lunga superiore a quella del danno minacciato (…)»[87].

4.1. Il diritto proprio e altrui

L'art 52. c.p. fa riferimento alla potenziale lesione di beni interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento[88], sia personali sia patrimoniali[89]. Dunque, per diritto non deve intendersi il diritto soggettivo in senso stretto (come ad esempio la proprietà), ma qualsiasi tipo di interesse giuridicamente tutelato[90], dunque qualunque situazione giuridica soggettiva attiva (potestà, diritto potestativo ecc.; anche un interesse legittimo, come ad esempio il candidato che interviene per impedire che un commissario trasmetta la prova d'esame ad un suo raccomandato)[91]. C'è da rilevare però che la scriminante non deve ricorrere per la difesa d'interessi collettivi o diffusi[92] (come ad es. l'ordine pubblico, l'integrità ambientale) , a meno che non si faccia riferimento all'incolumità

[85] Cass. civ., sez. III, 18 novembre 2012, n.19294 (per un commento di questa decisione, P. DE MICHELE*, Se la reazione è proporzionata, non sussiste il risarcimento del danno da legittima difesa*, in *Diritto e Giustizia online*, fasc. 0, 2012, p. 1052). In senso conforme: Cass. pen. sez. V, 24 febbraio 2011, n. 25608 ("Ai fini del riconoscimento della scriminante della legittima difesa, la necessità di difendersi e la proporzione tra difesa e offesa, nel caso di chi è reiteratamente aggredito, vanno intese nel senso che di regola il soggetto reagisce come può, secondo la concitazione del momento e non è tenuto a calibrare l'intensità).
[86] Cass. pen., sez. I, 15 aprile 1999, n. 9695.
[87] Cass. pen., sez. I, 26 novembre 2009, n. 47117.
[88] R. MARINO, P. CASTELLETTI, *op. cit.,* p.17.
[89] Cass. pen. sez. I, n. 6979 del 14 luglio 1997; Cass. pen., sez. I, n. 8999 del 3 ottobre 1997; Cass. pen. sez. V, 9 aprile 2004, n. 16908.
[90] G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.,* p. 75.
[91] T. PADOVANI*, op. cit*., p. 205-206. La dottrina parrebbe far riferimento ad una nozione di interesse ancora più vasta, richiamando qualsiasi interesse giuridicamente protetto. Secondo l'autore, tale tesi va assolutamente respinta poiché in tale prospettiva il concetto di "diritto" risulterebbe superfluo, poiché il concetto di "offesa" sarebbe già sufficiente ad esprimere la lesione o la messa in pericolo di un interesse tutelato.
[92] Tali limitazioni sono volte a evitare di incentivare pericolose forme di "giustizia sommaria" in conflitti suscettibili di abbracciare la collettività. Sul punto, D.M. LUZON PEÑA, *Aspectos esenciales de la legìtima defensa,* Barcellona*,* 2018, p. 540ss.

pubblica «che sottende la tutela della vita e dell'integrità fisica di una pluralità di persone»[93], ritenuta una forma esponenziale di interessi individuali[94].

Quando la norma parla di "diritto", fa riferimento a un'ampia scala di situazioni difendibili e questa posizione è una delle più importanti innovazioni apportate dal codice Rocco[95]. Problematica è la questione che attiene all'applicazione della scriminante per la tutela dei diritti di credito[96].

Secondo una parte della dottrina, essi andrebbero riconosciuti solo riguardo alle obbligazioni di dare e di *non facere*, ma non a quelle di fare, poiché esse richiedono necessariamente la cooperazione dell'obbligato[97].

Quando la norma parla di "diritto altrui" fa riferimento al cosiddetto soccorso difensivo, anche se considerato meramente facoltativo[98].

4.2. Attualità e involontarietà del pericolo

---

[93] T. PADOVANI, *Diritto penale,* XI ed., Milano, 2017, p. 202. Si osserva dunque come la difesa sia ammessa solo quando il comportamento aggressivo si concentri in concreto sull'offesa su di un soggetto determinato portatore (pur insieme a altri) di quell'interesse giuridico. Quando poi il soggetto offeso sia un ente pubblico come lo Stato o la pubblica amministrazione, la reazione potrà ammettersi nei limiti in cui la persona fisica non si intrometta in prerogative spettanti al funzionario, sovvertendo le regole che disciplinano lo svolgimenti di compiti istituzionali.

[94] T. PADOVANI, , *Diritto penale,* XII ed., Milano, 2019, p. 206. L'autore afferma che:«La restrizione è giustificata, perché la difesa legittima non rappresenta una sorta di delega all'esercizio di poteri di polizia per impedire qualsiasi tipo di reato, ma un mezzo di autotutela».

[95] T. PADOVANI, *La condotta omissiva nel quadro della difesa legittima,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* Pisa, 1970, p. 683ss.

[96] Un esempio potrebbe essere l'ipotesi di un cliente che, dopo aver consumato il pranzo al ristorante, si allontani senza pagare il conto. In casi come questi la dottrina permette di invocare l'art. 52 al fine di trattenere il debitore con forza almeno finché non sia possibile identificarlo anche grazie al successivo intervento della polizia. O ancora al caso di chi, dopo aver cagionato colposamente un sinistro automobilistico, si allontani senza fornire le proprie generalità al danneggiato, frustrando in modo palese la possibilità di alcun risarcimento del danno. Sul punto, T. PADOVANI, *La condotta omissiva nel quadro della legittima difesa*, 1970, p. 709. Un'altra parte della dottrina però è restìa nel tutelare anche i diritti di credito poiché si correrebbe il rischio di legittima un uso della forza non per ottenere la conservazione di una situazione esistente ma per ottenere un nuovo vantaggio, di cui si pensi di avere il diritto. Si estenderebbe dunque troppo l ambito di deroga al principio fondamentale del monopolio dell uso della forza da parte dello Stato. Sul punto, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Codice penale commentato*, Milano, 2006, p. 591.

[97] R. MARINO, P. CASTELLETTI, *op. cit.*, p.16. L'autore prosegue dicendo: «La Cassazione ha escluso la legittima difesa in relazione all'omicidio dell'individuo che si era introdotto con inganno nel condominio dell'imputata per ottenere il pagamento di un debito (sent. n. 12466/2007). In realtà la dottrina più accordata ha sostenuto che la norma non distingue tra diritti reali e diritti di credito, con la conseguenza che potrebbe ammettersi un'applicazione estensiva di essa».

[98] *Ibidem.* L'autore prosegue dicendo che esso debba essere distinto dall'omissione di soccorso disciplinata all'art. 593, in cui vi è un obbligo giuridico la cui violazione comporta la repressione penale.

L'articolo richiede che il pericolo debba essere attuale, in altre parole presente al momento della difesa, non futuro e non esaurito; rientrerebbe in tale nozione anche quello che è catalogato come pericolo perdurante (quando cioè la lesione è in corso) che può sussistere nelle ipotesi di reati permanenti[99] e abituali, dove il pericolo attuale di un offesa ingiusta persiste per tutto il tempo in cui si sviluppa l'offesa[100]. Attuale è considerato il pericolo che, se non neutralizzato tempestivamente, sfocia immediatamente nella lesione di un diritto tutelato dalla legge[101]. Il pericolo attuale deve essere quindi incombente, ma può essere anche permanente, se la lesione è in corso o possono esserne evitati gli ulteriori sviluppi[102]. La necessità della presenza dell'attualità è dovuta al fatto che se non fosse attuale, si avrebbe tutto il tempo per chiamare le forze dell'ordine e dunque non ci sarebbe spazio per la legittima difesa[103]. Il perdurare della lesione dipende solo dalla condotta criminosa del soggetto agente che comprime il bene tutelato dall'ordinamento, ma anche nei casi in cui non si è esaurita l'offesa e non si è ancora passati dalla situazione di pericolo a quella di danno effettivo[104]. Con pericolo s'intende proprio il maturare di una probabilità di lesione di un interesse, riscontrata alla luce delle concrete circostanze di fatto, a loro volta valutate secondo la migliore scienza ed esperienza del momento storico[105]. Il pericolo è rappresentato da una condizione nella quale, secondo leggi d'esperienza, è ravvisabile la probabilità o comunque la serie possibilità di concretizzazione dell'evento lesivo[106]. Va ribadito quindi che il pericolo attuale è inteso come situazione di attacco illegittimo a un

---

[99] *Ibidem*, p. 17.
[100] T. PADOVANI, *op. cit*., p. 207. Il sequestrato può, ad es., reagire contro i sequestratori fin che dura la privazione della libertà personale.
[101] P. BEVERE, *op. cit.*, p. 18.
[102] *Ibidem*, p.19.
[103] Sul punto vedasi P. BEVERE, *op. cit.*, p.19. L'autrice afferma che: « (…) la chiave interpretativa è il principio di autotutela che è consentita quando non è possibile rivolgersi tempestivamente ed efficacemente agli organi preposti all'apparato coattivo sanzionatorio».
[104] G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.,* p. 79.
[105] D. NOTARO*, op. cit.,* p. 67.
[106] F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale,* Milano, 2003, p. 301. Prendiamo ad esempio il caso di un proprietario di un fondo che sorprenda un soggetto a rubare nella sua proprietà e inizia a sparare con fare intimidatorio. Il ladro fugge e abbandona la refurtiva ma il proprietario continua a inseguirlo con l'arma. Il ladro allora sentendosi minacciato estrae a sua volta un coltello e ferisce il proprietario. Applicando la legge, non siamo più nel campo della legittima difesa, dunque il proprietario non è legittimato a scagliarsi contro il ladro.

bene giuridico, in cui il soggetto si trova senza alternative e non possa sottrarsi all'imminenza del pericolo senza offendere l'aggressore[107].

Per essere attuale, il pericolo non deve essere ipotetico o astratto, infatti sul punto si è espressa anche la Corte di Cassazione precisando che una rappresentazione che sia solo congetturale e/o astratta a opera del soggetto aggredito circa la generica possibilità del verificarsi di un pericolo nell'immediato futuro, non è idonea ad integrare la posizione giuridica dell'agente richiesta dall'istituto della legittima difesa[108]. La valutazione del pericolo va fatta esclusivamente su basi oggettive tenendo in considerazione tutte le circostanze del caso concreto (anche se conosciute ex post), purché presenti al momento della condotta offensiva. Il carattere di attualità rimarca proprio il concetto per cui tale pericolo non può né riguardare né il passato né il futuro perché nel primo caso si cadrebbe nel campo di un'ipotetica vendetta, nel secondo caso non ci sarebbe quel fattore cronologico immediato che giustifica il comportamento difensivo, ma il soggetto avrebbe tutto il tempo per chiedere aiuto alle forze dell'ordine[109]. Infatti si afferma che l'esimente è esclusa di fronte a un pericolo cronologicamente del tutto superato, pur essendo sfociato nella lesione del bene e a illecito consumato si deve ricorrere agli organi pubblici deputati alla punizione dei comportamenti antigiuridici[110]. L'attualità concerne il maturare del pericolo e il suo mantenimento fintanto che il soggetto reagisce.[111] Sia la dottrina sia la giurisprudenza sono concordi nell'escludere l'applicabilità della scriminante in tutti quei casi via sia una difesa "preventiva" o "anticipata"[112].

---

[107] P. BEVERE, *op. cit.*, p. 19. L'autrice prosegue affermando che:«L'esimente è esclusa quindi di fronte a un pericolo futuro e cronologicamente anticipato dall'emotività, dal pregiudizio, dalla cultura dell'agente. Questa *intempestività* della reazione "a futura memoria" può derivare dall'allarme mediatico-sociale gemmati e radicati nella pubblica opinione».

[108] Cass., Sez. I, 27 gennaio 2010, n. 6591.

[109] T. PADOVANI, *Diritto penale*, XII ed., Milano, 2019, p. 206-207. L'autore prosegue affermando che il pericolo deve essere valutato secondo il parametro consueto in tal tipo di giudizio (la probabilità secondo la miglior scienza ed esperienza), tenendo conto non soltanto delle circostanze materiali conoscibili *ex ante*, ma anche di quelle apprese *ex post:* se il rapinatore minaccia con un'arma che risulta essere poi giocattolo, il pericolo non ha in effetti riguardato la vita dell'aggredito; se egli uccide il rapinatore, non potrà la sua condotta essere coperta dalla scriminante reale, ma eventualmente da quella putativa.

[110] P. BEVERE, *op. cit.,* p. 19. Conforme a tale osservazione è M. Gallo che sostiene come la legittima difesa vada riconosciuta al proprietario che insegua l'autore della sottrazione di suoi beni: il furto non è stato consumato, per il mancato impossessamento delle cose, qualora non siano uscite dalla sfera di vigilanza del proprietario (M. GALLO, *Appunti di diritto penale,* II ed., Torino, 2000, p. 223).

[111] D. NOTARO, *op. cit*., p. 70.

[112] C. ROXIN, *Da quale momento un'aggressione è attuale e dà origine al diritto di legittima difesa?*, a cura di S. MOCCIA, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, Napoli, 1996, p. 289. La Cassazione nel

Pur la norma non parlando espressamente di "involontarietà" del pericolo, tale requisito è considerato essenziale al concetto di legittima difesa perché la formula adoperata dall'art. 52 c.p., che richiama un pericolo non volontariamente causato e non evitabile, è inclusa nel più ampio concetto del pericolo attuale di un'ingiusta offesa da cui sia necessario difendersi[113] .

Ciò però finisce per comprendere la sua operatività in alcuni casi particolari di pericolo volontario cagionato da chi reagisce: ad esempio quando la reazione della vittima della provocazione risulti assolutamente imprevedibile e del tutto sproporzionata[114].

Tanto la dottrina quanto la giurisprudenza sostengono che non viene applicata la disciplina della scriminante quando la situazione di pericolo è stata volontariamente e consapevolmente causata dal soggetto che ha reagito alla minaccia o l'offesa. A tal riguardo si sono sviluppate tre tesi: la prima sostiene che in questi casi verrebbe meno il requisito della necessità della difesa[115]; la seconda tesi sostiene che mancherebbe l'ingiustizia dell'offesa[116], infine l'ultima tesi afferma la mancanza di entrambi i

---

2018 affermò:«L'attualità del pericolo richiesta per la configurabilità della scriminante della legittima difesa implica un effettivo, preciso contegno del soggetto antagonista, prodromico di una determinata offesa ingiusta, la quale si prospetti come concreta e imminente, così da rendere necessaria l'immediata reazione difensiva, sicché resta estranea all'area di applicazione della scriminante ogni ipotesi di difesa preventiva o anticipata» (Cass. pen., sez. I, n. 48291 del 21 giugno 2018, rv. 274534). Si osserva che non è sufficiente un pericolo eventuale, futuro, meramente probabile o temuto, infatti l'attualità del pericolo richiesta per la configurabilità della causa di giustificazione implica un effettivo e preciso contegno del soggetto antagonista, prodromico di una determinata offesa ingiusta, la quale si prospetti come concreta e imminente, così da rendere necessaria l'immediata reazione difensiva (Cass. pen.. sez. I, n. 6591 del 27 gennaio 2010, rv. 246566). L'orientamento in questione può essere ritenuto consolidato nel tempo infatti già nel 1991 la Cassazione affermava che: «In tema di legittima difesa uno dei requisiti indispensabili è l'attualità del pericolo da cui deriva la necessità della difesa. L'esimente è esclusa di fronte a un pericolo futuro e immaginario, essendo rilevante soltanto il pericolo attuale, consistente in una concreta minaccia già in corso di attuazione al momento della reazione ovvero in una minaccia o offesa imminenti. Ne consegue che per la sussistenza della legittima difesa non è sufficiente il fatto che il soggetto, contro il quale si reagisce, abbia un'arma addosso al momento del fatto, ma è necessaria la prova che egli, facendo uso o minacciando di farne uso o comportandosi in modo da far credere di voler far uso immediato di tale arma, venga a creare per il soggetto reagente una situazione di pericolo incombente, con conseguente necessità di difesa, o faccia sorgere in quest'ultimo la ragionevole opinione di trovarsi in siffatta situazione di necessità di difesa» (Cass. pen., sez. I, n. 3494 del 28 gennaio 1991, rv. 187110).

[113] P. BEVERE, *op. cit.,* p.17. A differenza di quanto avviene nell'ambito dello stato di necessità, la configurabilità della legittima difesa non è di per sé esclusa dalla volontaria accettazione di una situazione di pericolo, quando ci si limiti semplicemente ad esporsi a possibili iniziative aggressive altrui, senza essere a propria volta animati da alcun intento aggressivo. Sul punto. Cass. pen., sez. I, n. 9606 del 9 gennaio 2004, rv. 227222.

[114] Cass., 28 novembre 1980, in *Riv. pen*., 1981, p. 445; Cass., 30 novembre 1978, in *Giust. pen*., 1979, II, p. 354; Cass. pen., sez. V, n. 32381 del 19 febbraio 2015, rv. 265304; Cass. pen., sez. V, n. 4402 del 9 otobre 2008, rv. 242596.

[115] Cass., Sez. II, 2 aprile 2001, in *CED*, n.218588.

[116]Cass., Sez. I,14 gennaio 1998, in *Cass. Pen*. 1999, p. 309. In dottrina F. CENDERELLI, *Legittima difesa e provocazione. Rilievi comparatistici,* in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1978, p. 1394ss; G. SABATINI, *Provocazione e legittima difesa,* in *Foro it*., 1979, p. 325.

requisiti appena detti. Dunque, è inapplicabile la legittima difesa di chi affronti una sfida in cui il pericolo sia previsto e accettato o chi partecipi a una rissa i cui partecipanti sono spinti da un reciproco intento aggressivo[117]. Ciò si verifica quando un soggetto agisca guidato da uno spirito di competizione sul piano della violenza fisica , il cui primato tocca a chi la eserciti in maniera più efficace[118].

L'involontarietà del pericolo è un requisito espressamente menzionato nell'art. 54 c.p. (allo stato di necessità), e, non essendo invece presente all'interno dell'art. 52 c.p., si dovrebbe concludere nella difesa legittima esso non è richiesto; tuttavia la maggior parte delle fattispecie criminose in cui l'applicazione della scriminante viene negata per la volontarietà del pericolo, possono essere escluse per difetto del requisito della "costrizione"[119].

4.3. L'offesa ingiusta

L'offesa è ritenuta ingiusta quando viene esercitata *contra ius,* cioè violando il sistema di norme che tutela quel determinato bene minacciato[120]. Il requisito dell'ingiustizia ricorre anche quando la condotta aggressiva sia *non iure*, cioè non possa dirsi espressione di una facoltà legittima[121], cioè non sia coperta da nessuna norma di autorizzazione da parte dell'ordinamento[122]. Il codice Rocco, a differenza del vecchio codice Zanardelli, non prevede necessariamente la presenza di una "violenza"[123], ma è stato inserito il termine "offesa" per rendere legittima la reazione difensiva.

Il proprio o l'altrui diritto sono potenzialmente lesi non solo da un comportamento

---

[117] G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.,* p. 301.

[118] P. BEVERE, *op. cit.,* p. 18. L'autrice prosegue affermando :« (…) determina una volontaria situazione di pericolo chi decida di effettuare una spedizione punitiva – all'insegna della tattica, secondo cui *la miglior difesa è l'attacco* – nei confronti dei propri avversari, di cui abbia percepito l'imminente presenza, in quanto non gli può essere riconosciuta la necessità di difendersi, cioè di trovarsi dinanzi all'ineludibile alternativa tra reagire e subire».

[119] T. PADOVANI, *op. cit*., p. 207.

[120] G. FIANDACA, E. MUSCO*, op. cit.*, p. 79.

[121] A.A. DALIA, *Offesa ingiusta e fatto ingiusto altrui nel diritto penale,* in *Arch. Pen.,* 1963, p. 39.

[122] Il termine "ingiusta" si riferisce proprio al fatto che essa debba essere in contrasto con i precetti dell'ordinamento giuridico. Non è necessario che essa concreti un reato o che l'aggressione sia punibile, fermo restando che essa è ritenuta ingiusta anche se provocata dallo stesso aggredito. Sul punto, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 1997, p. 294-295.

[123] Art. 49 c.p.: «Non è punibile colui che ha commesso il fatto [...] per esservi stato costretto dalla necessità di respingere da sé o da altri una violenza attuale e ingiusta».

costitutivo di un illecito penale, ma da qualunque fatto antigiuridico[124].

Ne discende che ci si può difendere contro la minaccia di un'offesa a un diritto posta in essere da ogni comportamento altrui: sia esso doloso, colposo, dovuto a caso fortuito, ovvero da comportamento di un non imputabile. Da ciascuna di queste condotte può derivare l'evento di lesione del diritto. Così «purché rimanga entro i limiti della proporzione tra offesa e difesa agisce in stato di legittima difesa chi spari alle gomme di un'automobile, di cui il conducente abbia consapevolmente perso il controllo, che stia per cozzare contro una vetrina dietro la quale sono esposti oggetti di grande valore artistico»[125].

Nel caso di difesa reciproca, cioè quando due persone che si trovino nella situazione in cui si aggrediscano a vicenda, non rileva detta esimente[126] «giacché in tal caso, ciascuno dei partecipanti risulta animato da volontà aggressiva nei confronti dell'altro e quindi, indipendentemente dal fatto che le intenzioni siano dichiarate o siano implicite nel comportamento tenuto dai contendenti, nessuno di loro può invocare la necessità di difesa in una situazione di pericolo che ha contribuito a determinare e che non può avere il carattere dell'inevitabilità"[127]. In tali particolari ipotesi di legittima difesa reciproca bisognerà far leva sul criterio cronologico, ritenendo ingiusta l'azione iniziale e applicando la scriminante alla condotta successiva[128]. La condotta offensiva deve essere riconducibile a una condotta umana o riconducibile anche attraverso un animale o una cosa inanimata ed essi siano in gestione a una persona e la reazione si rivolga a essi o al soggetto responsabile[129].

In riferimento alla c.d. progressione criminosa, ovvero al momento in cui si può

---

[124] P. BEVERE, *op. cit.*, p. 16.

[125] M. GALLO*, op. cit.,* p. 219. Secondo l'autore il pericolo di un offesa ingiusta può derivare anche da una condotta omissiva. L'esempio proposto è l'inazione di un manovratore di binari ferroviari in difesa dell'incolumità dei passeggeri del treno o l'inazione di un dirigente di un impianto industriale in difesa dell'incolumità dei dipendenti dal pericolo documentato di patologia tumorale.

[126] A. DI TULLIO D'ELISIIS, *op. cit.,* p. 34.

[127] Cass. pen., sez. I, 24 settembre 1999, n. 365. In senso conforme: Cass. pen., sez. I, 10 ottobre 1995, n. 11264 ("La configurabilità dell'esimente della legittima difesa deve escludersi nell'ipotesi in cui lo scontro tra due soggetti possa essere inserito in un quadro complessivo di sfida, giacché, in tal caso, ciascuno dei partecipanti risulta animato da volontà aggressiva nei confronti dell'altro e, quindi, indipendentemente dal fatto che le intenzioni siano dichiarate o siano implicite al comportamento tenuto dai contendenti, nessuno di loro può invocare la necessità di difesa in una situazione di pericolo che ha contribuito a determinare e che non può avere il carattere della inevitabilità").

[128] C.F. GROSSO, *op. cit.,* p. 170ss.

[129] C.F. GROSSO, *op. cit.*, p. 40. Sul punto anche, T. PADOVANI, *op. cit*., p. 206. L'autore conferma il fatto che il comportamento deve essere riconducibile a quello umano, infatti è definita atipica la reazione contro animali che siano *res nullius* del pari ad animali altrui. Invece è da ritenere ammissibile la difesa diretta contro il proprietario o il custode dell'animale perché lo controlli.

considerare perfezionata l'aggressione ingiusta, è sufficiente che essa non si sia completamente realizzata, bastando solamente il pericolo della sua avvenuta[130].

4.4. La reazione difensiva

Per ritenere la condotta della vittima "reattiva" nei confronti del pericolo, essa deve essere rivolta alla fonte del pericolo e tale profilo distingue la legittima difesa dallo stato di necessità[131]. In questa ultima ipotesi manca un'aggressione, ma viene in rilievo piuttosto una particolare situazione di pericolo in grado di provocare un danno alla persona[132]. Per quanto riguarda lo stato di necessità, soprattutto nella dottrina tedesca, si distingue fra stato di necessità difensivo e stato di necessità aggressivo[133]. Il primo esercitato nei confronti di un oggetto o animale responsabile del pericolo e non riconducibile al comportamento di un individuo mentre il secondo rivolto contro un interesse anche personale totalmente estraneo al sorgere del pericolo cui intende sfuggire l'agente[134]. Nella legittima difesa si reagisce nei confronti di un soggetto che pone in essere una condotta antigiuridica produttiva di un pericolo attuale di un'offesa ingiusta, invece nella fattispecie dello stato di necessità la vittima si confronta con un soggetto non responsabile del pericolo per l'interesse personale da salvaguardare[135]. Anche lo stato di necessità rende lecita l'azione, ma il legislatore ha previsto per il danneggiato la corresponsione di un'indennità ex art. 2054 c.c.[136].

La giurisprudenza ha affermato che:«Ai fini dell' integrazione dell'esimente dello stato di necessità è necessario che il pericolo di un danno grave alla persona sia attuale e imminente o, comunque, idoneo a far sorgere nell'autore del fatto la ragionevole opinione di trovarsi in siffatto stato, non essendo all'uopo sufficiente un pericolo eventuale, futuro, meramente probabile o temuto; inoltre si deve trattare di un pericolo

---

[130] R. MARINO, P. CASTELLETTI, *op. cit.*, p. 17.

[131] D. NOTARO, *op. cit*., p. 76. L'art. 54 c.p. afferma: «Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo. La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia: ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo».

[132] R. MARINO, P. CASTELLETTI,*op. cit.,* p. 16.

[133] D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti,* Napoli, 1961, p. 261.

[134] D. NOTARO*, op. cit*., p. 77.

[135] *Ibidem.*

[136] R. MARINO, P. CASTELLETTI*, op. cit*., p. 16.

non altrimenti evitabile sulla base di fatti oggettivamente riscontrati e non accertati solo in via presuntiva» (Cass. pen. n. 8704/2015)[137].

La reazione difensiva consta di tre elementi: la costrizione, la necessità e la proporzione[138].

4.5. La necessità della difesa

La difesa viene considerata necessaria quando risulta essere l'unica scelta possibile, cioè quando tale azione non può essere sostituibile con un'altra meno dannosa, ma ugualmente valida per tutelare il diritto leso[139].

Si è quindi affermato che «la reazione lesiva necessitata è quindi quella che rappresenta il mezzo minimo necessario»[140]. Il soggetto si trova dunque nella situazione in cui deve decidere se agire o subire, e la maggior parte delle volte il pericolo non può altrimenti essere evitato se non reagendo contro l'aggressore[141].

Per maggior chiarezza, è giusto rilevare che la legittima difesa non è applicata qualora il soggetto si difenda mossa da finalità di ritorsione, vendetta o prevaricazione nei confronti del destinatario della reazione[142].

---

[137] *Ibidem.*

[138] T. PADOVANI, *op. cit*., p. 207.

[139] P. BEVERE, *op. cit*., p. 21.

[140] Si veda Cass. 1° dicembre 1995, in *Cass. pen.,* 1997, p. 707; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, p. 265; F. ANTOLISEI, *op. cit.,* p. 302; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.,* p. 303.

[141] Cass .pen., sez. I, 13 giugno 1994, in *Cass. pen*., 1995, p. 1093.

[142] D. NOTARO, *op. cit., 79.* Sul punto si esprime anche la Cassazione affermando che:«Non è invocabile la scriminante della legittima difesa, reale o putativa, da parte di colui che abbia innescato o accettato un duello o una sfida, ovvero abbia attuato una spedizione punitiva nei confronti dei propri avversari, mancando, in tal caso, il requisito della convinzione – sia pure erronea– di dover agire per scopo difensivo», Cass. pen., sez. I, 21 giugno 2018, n. 37289. In senso conforme: Cass. pen., sez. I, 18 luglio 2013, n. 41468 ("Non è invocabile la legittima difesa da parte di colui che accetti una sfida, ponendosi volontariamente in una situazione di inevitabile pericolo per la propria incolumità, fronteggiabile solo con l'aggressione altrui"); Cass. pen., sez. I, 27 novembre 2012, n. 4874 ("Non è invocabile la legittima difesa da parte di colui che accetti una sfida ponendosi volontariamente in una situazione di inevitabile pericolo per la propria incolumità, fronteggiabile solo con l'aggressione altrui"); Cass. pen., sez. I, 10 novembre 2000, n. 13151 ("Non è invocabile la legittima difesa da parte di colui che accetti una sfida o si ponga volontariamente in una situazione di pericolo dalla quale è prevedibile o ragionevole attendersi che derivi la necessità di difendersi dall'altrui aggressione"); Cass. pen., sez. I, settembre 1999, n. 365 ("La configurabilità dell'esimente della legittima difesa deve escludersi nell'ipotesi in cui lo scontro tra due soggetti possa essere inserito in un quadro complessivo di sfida giacché, in tal caso, ciascuno dei partecipanti risulta animato da volontà aggressiva nei confronti dell'altro e quindi, indipendentemente dal fatto che le intenzioni siano dichiarate o siano implicite nel comportamento tenuto da due contendenti,

Una condotta difensiva può essere considerata necessaria non in maniera assoluta, ma bisogna prendere in considerazione anche tutte le circostanze del caso concreto, come ad esempio i mezzi difensivi a disposizione e le altre condizioni spazio-temporali[143].

Il requisito della legittima difesa sussiste ogni qual volta il soggetto si trova in una situazione in cui "oggettivamente" debba affrontare la scelta di patire l'aggressione o reagire e difendersi[144].

Secondo una parte della dottrina, l'elemento della necessità indica quella situazione in cui la vittima si trovi ad affrontare un pericolo e ha la necessità di evitare un danno e tale contesto deve essere evidente a qualsiasi soggetto esterno[145]. Secondo questa tesi obiettivistica si dovrebbe considerare costretto ad agire colui che agisce ignorando del tutto il pericolo (es. il cacciatore che uccida colui che in quel momento stia per sparare verso di lui, pur scambiandolo per un coniglio selvatico)[146].

Secondo un'altra dottrina, la costrizione s'instaura nell'elemento soggettivo di chi reagisce e sarebbe caratterizzata da uno stato psicologico particolare, tale da determinare un condizionamento della volontà[147]. Alla luce della dottrina maggioritaria[148], l'ultima tesi va sicuramente respinta[149].

La costrizione, dunque, non sussiste quando l'alternativa conflittuale sia, o intenzionalmente provocata (Tizio provoca uno squilibrato intenzionalmente al fine di

---

nessuno di loro può invocare la necessità di difesa in una situazione di pericolo che ha contribuito a determinare e che non può avere il carattere della inevitabilità").

[143] R. MARINO, P. CASTELLETTI, *op. cit.,* p. 18. In merito all'insussistenza dell'applicabilità della scriminante nel caso di sproporzione della forza lesiva dei mezzi di reazione disponibili, la Cassazione ha affermato che:«Ai fini della valutazione della sussistenza del requisito della necessità di difendersi, è necessario tener presente – sulla base del bilanciamento degli interessi in gioco – la dignità del privato nell'attuale gerarchia dei valori», Cass. pen., sez. I, 10 febbraio 1984, n. 8820, rv. 166202.

[144] T. PADOVANI*, op. cit.*, p. 208.

[145]C. F. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano,1964, p. 240.

[146] T. PADOVANI, *op. cit*., p. 207. Ma affermare la "costrizione" in un soggetto che non abbia percepito il pericolo è da ritenere del tutto assurdo.

[147] Concezione che deroga alla rilevanza obiettiva delle cause di giustificazione di cui all'art. 59, I comma, c.p.; R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano,*Torino, 1959, p. 307-313; G. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, 1980, p. 33.

[148] F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. It. dir. pen. proc*, 1989, p. 1440 ss.

[149] T. PADOVANI, *op. cit*., p. 208. Tale corrente di pensiero finisce per orientare la rilevanza della difesa legittima sul piano della colpevolezza, facendola dipendere dall'atteggiamento interiore del soggetto con esiti paradossali. L'autore infatti afferma che: «(…) qualora l'aggredito supponga erroneamente la "giustizia" dell'offesa, la sua condotta non potrebbe essere motivata dalla necessità di difendersi. Così, ad es. il latitante, rintracciato dai complici delusi dalla spartizione del bottino, per sfuggire al tentativo di "arrestarlo", abilmente simulato, non potrebbe legittimamente reagire contro quelli che ritiene essere agenti di polizia, perché egli non è "soggettivamente" costretto a difendersi; ma si potrebbe mai dire ch'egli è tenuto a subire?».

poterlo colpire), o consapevolmente accettata (Tizio accetta la sfida a battersi col rivale in amore), o non evitata, quando il soggetto vi si potesse sottrarre senza alcun pregiudizio (Tizio sa che è atteso da Caio in un determinato luogo al fine di aggredirlo e vi si reca ugualmente)[150].

Una questione molto dibattuta, sia in dottrina sia in giurisprudenza, è il tema della fuga[151]. C'è da dire però che un tempo, la reazione di fuga non era vista di buon occhio, poiché era percepita e considerata come un'offesa all'onore dell'aggredito e provocava una sorta di incoraggiamento per il delinquente nel proseguire l'azione delittuosa[152].

In seguito tale valutazione iniziò col tempo a scomparire, sostituita dalla credenza per cui era necessario di volta in volta analizzare in concreto i valori in gioco e considerare la fuga preferibile, soltanto nei casi in cui avrebbe esposto l'agente a nessuna conseguenza o a pregiudizi inferiori rispetto a quelli che avrebbe subito con la difesa[153].

L'opinione prevalente ritiene che la valutazione sul *commodus o incommodus discessus,* ossia la comoda ritirata, è da fare quando il pericolo è attuale, non potendosi ammettere una fuga preventiva[154]. Il punto è proprio quello di valutare in concreto quali conseguenze comporterebbe la fuga per l'aggredito e quali pregiudizi essa arrecherebbe

---

[150] *Ibidem*.

[151] La giurisprudenza della Corte di Cassazione sul punto è stata oscillante: mentre nelle sentenze 29 luglio 1992, in *Mass. dec, pen*. 1992, n. 191.504; 6 luglio 1989, in *Riv. pen*. 1990, p. 458; 17 aprile 1980, in *ivi* 1981, p. 42; 6 novembre 1962 in *ivi* 1963, II, p. 203 e 5 dicembre 1960, in *Mass. pen.* 1961, n. 338, la Suprema Corte ha ritenuto che la possibilità di fuga non escluda la scriminante, nella sent. 31 ottobre 1955, in *Giust. pen*. 1956, II, p. 258, è pervenuta alla conclusione opposta. A risultati analoghi a quelli di quest'ultima decisione la Corte è giunta con le sent. 25 maggio 1993, in *Cass. pen*. 1995, p. 558; 10 aprile 1986, in *Riv. pen*. 1986, p. 1041; 23 aprile 1981, *ivi,* 1981, p. 838 e 4 dicembre 1964, in *Mass. pen.* 1965, n. 1364 dove si legge che gli estremi della legittima difesa sono ravvisabili quando l'offesa può essere evitata, oltreché con un *commodus discessus*, anche con un mezzo diverso dalla reazione costituente reato. In quest'ultimo senso anche Cass. 28 maggio 1982, in *Riv. pen.* 1983, p. 730 dove la Suprema Corte ha inoltre affermato che «i concetti di necessità della difesa e di attualità del pericolo, espressi dall'art. 52 c.p., se pure non coinvolgono il principio della inevitabilità del pericolo, proprio dello stato di necessità, non escludono la valutazione da parte del giudice della alternativa di un comportamento diverso da quello adottato dal soggetto e che non gli sia produttivo di danno morale, avuto riguardo alla sua personalità. Cosicché solo quando la fuga possa essere disonorevole, essa non costituirà un obbligo, mentre deve ritenersi imposta nel caso in cui consenta al soggetto una ritirata decorosa e una sicura e felice elusione del pericolo.» Si veda anche Cass. 23 ottobre 1967, in *Mass. pen*. 1968, n. 1611, ove si distingue il *commodus discessus* dal caso in cui la fuga possa essere ritenuta vergognosa, escludendo che in tale ipotesi essa costituisca un obbligo. Cfr. altresì Cass. 8 ottobre 1992, in *Mass. dec. pen*. 1993, n. 191.887; Id 24 novembre 1978, in *Riv. pen*., 1979, p. 1068.

[152] E. ONDEI, *La legittima difesa nella vigente e nella futura legislazione*, in *Giust. pen*.,1946, p.342; F. BAGNATI, *Spunti di ricerca su fuga e legittima difesa*, in *Arch. pen*., 1992, p. 390.

[153] F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 255.

[154] Secondo F. ANTOLISEI, *op. cit.,* p. 304, tale impostazione basata sulla viltà della fuga oggi può trovare applicazione solo in riferimento alla fuga dei militari o delle forze di polizia poiché in riferimento a tali soggetti la fuga rappresenta uno svilimento del prestigio della divisa.

ai suoi interessi[155]. Il soggetto aggredito non è tenuto a fuggire quando la fuga esporrebbe i suoi beni personali (ad esempio il pericolo di infarto o aborto) o di terzi (ad esempio il pericolo di investire passanti durante una fuga in macchina) a pericoli più grandi di quelli incombenti sull'aggressore contro il quale si reagisce[156].

In tema di legittima difesa non è presente il requisito della necessità della reazione armata ogni volta in cui la vittima possa, senza alcuna difficoltà, rifugiarsi nella propria abitazione o comunque abbia la possibilità di allontanarsi dal luogo dell'aggressione armata (Cass. pen. n. 4890/2009)[157]. Non sussiste un generale "obbligo di fuga", ma si può sostenere che il mancato allontanamento dall'aggressore può venire in rilievo al momento dell'accertamento giudiziario[158]. Sia dottrina che giurisprudenza affermano che non possa essere invocata la scriminante a fronte di un atteggiamento trasgressivo, cioè quando la vittima si sia resa conto che l'aggressore stia fuggendo e dunque si possa ritenere che il pericolo dell'offesa ingiusta sia del tutto cessato[159].

4.6. Il rapporto di proporzione tra offesa e difesa

Tale rapporto rappresenta la maggior novità varata dal legislatore del 1930, infatti nel codice Zanardelli non vi era a essa alcun riferimento[160]. Un primo orientamento, che è

---

[155] D. NOTARO, *op. cit.*, p. 82.

[156] G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 79.

[157] R. MARINO, P. CASTELLETTI, *op. cit.,* p. 18.

[158] P. BEVERE, *op., cit.,* p. 22. La Cassazione afferma: «I concetti di necessità della difesa e di attualità del pericolo, espressi nell'art. 52 c.p., se pure non coinvolgono il principio di inevitabilità del pericolo, proprio dello stato di necessità, non escludono la valutazione da parte del giudice della alternativa di un comportamento diverso da quello adottato dal soggetto e che non gli sia produttivo di danno morale, avuto riguardo della sua personalità. Cosicché solo quando la fuga possa essere disonorevole, essa non costituirà un obbligo, mentre deve ritenersi imposta nel caso nel caso in cui consenta al soggetto una ritirata decorosa e una sicura e facile elusione del conflitto». Sul punto vedasi, Cass. pen., sez. V, n. 10417, 28 maggio 1982, Rv. 155969.

[159] *Ibidem*, p. 23. La Corte afferma: «Ai fini della valutazione della sussistenza del requisito della necessità di difendersi, è necessario tener presente – sulla base del bilanciamento degli interessi in gioco – la dignità del privato nell'attuale gerarchia dei valori». Sul punto vedasi, Cass. pen., sez. I, n. 8820, 10 febbraio 1984, Rv. 166202. Il caso in questione trattava di un soggetto esposto all'aggressione di cinque malintenzionati. Egli aveva sparato e ucciso due di loro, sebbene avesse potuto evitare il pericolo semplicemente chiudendo una porta.

[160] Se ne ricorda il testo: «Non è punibile colui che ha commesso il fatto: per disposizione di legge, o per ordine, che era obbligato ad eseguire, dall'Autorità competente; per esservi stato costretto dalla necessità di respingere da sé o da altri una violenza attuale e ingiusta; per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri da un pericolo grave e imminente alla persona, al quale non aveva dato volontariamente causa e che non si poteva altrimenti evitare […].».

già stato ormai superato, pensava che la proporzione fosse da intendere quella che sussisteva tra i mezzi di difesa utilizzati e quelli effettivamente a disposizione dell'aggredito, invece che parametrare la condotta ai beni emergenti nella fattispecie concreta[161]. Secondo una parte della dottrina, tale tesi è da ritenere assurda, sia perché tale raffronto è già implicito nel concetto di "necessità", sia perché i mezzi usati e quelli disponibili non corrispondono in alcun modo a "offesa" e "difesa", ma al massimo si riferiscono a due diversi modi di difendersi, uno effettivo e l'altro virtuale[162].

Secondo un altro orientamento il giudizio di proporzione va fatto attraverso un bilanciamento dei beni giuridici in conflitto, distinguendo le ipotesi in cui si tratti di beni omogenei o eterogenei fra loro[163], dove, in ogni caso, troviamo al primo posto quelli protetti costituzionalmente, in seguito quelli penalmente tutelati ma non direttamente protetti dalla Costituzione e in ultimo i beni di rilevanza extra penale[164].

---

[161] In questo senso, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale secondo il codice del 1930*, Vol. II, Torino, 1933, p. 311, il quale afferma che:«Per misurare l'adeguatezza o l'eccessività della difesa non si deve istituire il confronto fra il male patito o minacciato, e il male inflitto per reazione, il quale ultimo può essere di gran lunga superiore al primo senza che per questo venga meno la giustificante. Il confronto invece va fatto fra i mezzi reattivi, che l'aggredito aveva a propria disposizione, e i mezzi adoperati»; v. anche Cass., pen., 23 marzo 1965, n. 793, in *Giur. it*., 1966, «Il confronto che il giudice deve istituire va compiuto, non tra il male minacciato e quello inflitto a seguito della reazione del soggetto il cui diritto sia stato posto in pericolo ma tra i mezzi reattivi che l'aggredito aveva a propria disposizione ed i mezzi adoperati»; nello stesso senso Cass., pen., 1/04/1968, n. 540, in *Giust. pen*., 1969; Cass., pen., 6 dicembre 1968, n. 1262, in *Riv. pen*., 1970.

[162] T. PADOVANI, *op. cit*., p. 209.

[163] R. GAROFOLI, *op. cit*., p. 216.

[164] T. PADOVANI, *Difesa legittima*, p. 513. Si è tuttavia posto un problema di eccessivo irrigidimento anche di questa impostazione, v. V. MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2006, p. 826, che spiega: «Benché fondamentalmente corretta, anche quest'impostazione può tuttavia prestarsi ad irrigidimenti indebiti, con inevitabili risvolti pratici non congrui alla complessità dei fattori in gioco. A livello teorico, se ad esempio dovesse intendersi nel senso di un'assoluta omogeneità dei beni contrapposti, magari valutata alla luce di come ha finito per concludersi lo scontro intersoggettivo fra chi si difende e l'aggressore. Il rischio di creare nelle logiche che governano la legittima difesa paratie troppo rigide rispetto al catalogo di beni trascura che la "seriazione" dei beni giuridici riguarda non solo i beni collettivi, ma anche quelli individuali, almeno ogni qualvolta le offese minacciate si collochino lungo linee di successivo approfondimento, che attingono beni pur dotati di autonoma rilevanza. […] Ed in concreto: nei casi delle rapine agli esercizi commerciali o in residenze private compiute da soggetti armati, l'argomento della prevalenza dell'offesa patrimoniale nella struttura del reato basta ad escludere la proporzionalità quando il difensore arrivi ad uccidere? In proposito, al di là delle particolarità dei casi singoli, spesso la giurisprudenza ha adottato soluzioni compromissorie: una condanna per eccesso colposo ex art. 55 c.p. o per errore colposo sulla legittima difesa ex art. 59 co. 4 consente l'applicabilità di una pena che possa essere sospesa, senza d'altra parte intaccare l'intangibilità del bene vita […]. Sia chiaro: tanto nel sistema del codice penale quanto soprattutto nel complesso dei valori costituzionalmente tutelati esistono precisi punti di riferimento per orientarsi nei rapporti fra quantomeno i principali beni giuridici che possono venire in conflitto. In particolare, è dato individuare una chiara prevalenza del bene vita e della stessa incolumità personale rispetto al patrimonio, la cui tutela anche costituzionale rimane pur sempre strumentale a quella da riservare alla persona. Ma il punto è proprio se il giudizio di proporzionalità fra offesa e

Secondo un ulteriore orientamento, il giudizio di comparazione deve essere effettuato coinvolgendo sia i beni e sia le offesa, ma tenendo conto di tutte le circostanze oggettive contingenti come ad esempio i mezzi utilizzati, le caratteristiche dell'aggredito, il tempo e il luogo dell'azione, i rapporti di forza fra aggredito e aggressore, l'incolpevolezza dell'aggredito, l'ipotetica presenza di soluzioni alternative a quella prescelta, ecc[165].

Secondo la tesi maggioritaria, il requisito della proporzione va valutato attraverso un giudizio *ex ante*, mettendo a confronto non le offese subite dall'originario aggressore o dall'aggredito, ma quelle che quest'ultimo poteva ragionevolmente temere dall'aggressore con quelle da lui conseguentemente prodotte al suo antagonista[166].

Si esige comunque il bilanciamento dei beni coinvolti, dovendosi applicare un approccio di tipo relativistico e qualitativo con verifica della scelta dei mezzi adoperati per manifestare la difesa[167]. Ciò fa capire come sia ritenuto assolutamente ingiusto uccidere per tutelare un diritto patrimoniale, ma al contrario ritenuto assolutamente lecito e giusto provocare una ferita curabilissima per tutelare un bene patrimoniale di grandissimo valore[168].

È chiaro che non è il tipo di mezzo utilizzato per difendersi a classificare il grado di pericolosità e lesività della condotta, ma semmai la modalità con cui questo è utilizzato, valutate poi nell'insieme anche tutte le circostanze di fatto in cui si verificano aggressione e reazione difensiva; da ciò ne deriva che la proporzione implica una verifica ex post della presenza o meno delle condizioni di fatto per la presenza e valenza della causa di giustificazione[169]. Vengono presi in considerazione e valutati uno ad uno la natura e il tipo di interessi giuridici vicendevolmente lesi, il grado di esposizione al pericolo e i pregiudizi arrecati all'aggressore dalla reazione difensiva, l'intensità dell'offesa subita dalla vittima, le caratteristiche personali dei soggetti coinvolti e il

---

difesa possa esaurirsi nella valutazione della gerarchia fra i valori in gioco o se piuttosto, per consentire un'adeguata valutazione delle contrapposte posizioni, non debba comprendere ulteriori elementi. Questi, a loro volta, se per un verso rendono più complesso il giudizio di proporzione, d'altra parte ne assicurano la fondamentale funzione di criterio di giustizia anche nel conflitto intersoggettivo fra chi minaccia un'offesa ingiusta e chi si difende. Si tratta di un passaggio cruciale nell'argomentazione qui prospettata, che impone un'attenzione a profili più generali».

[165] R. GAROFOLI, *op. cit.,* p. 216-217.

[166] *Ibidem*.

[167] Cass., pen. 17/02/2000, n. 4456, in *Cass. pen*., 2001.

[168] Vedi ad esempio il caso di Tizio che simula una rapina armata in una gioielleria e il gioielliere reagisce sparando ed uccidendo il ladro. Qui siamo di fronte a una scriminante putativa e la legittima difesa può essere considerata proporzionata poiché il gioielliere riteneva messa in pericolo la propria vita.

[169] M. PIERDONATI, *La proporzione nella difesa legittima: il "momento" e la "base" del giudizio, in Ind. Pen.*, 2003, p. 603 e p. 611.

contesto generale in cui si sono verificati i fatti[170]. Il giudizio di proporzione è quello di più difficile soluzione, proprio perché non si basa su criteri unici, ma è diverso rispetto caso per caso. Si può affermare che la proporzione non implica una rigorosa equivalenza fra gli interessi in gioco e le situazioni di aggressione e difesa[171], purché la differenza non si spinga a livelli insostenibili sul piano della gerarchia dei valori[172].

Si può affermare come il processo logico adottato dal giudice nella valutazione del caso ha una sua particolare importanza infatti la bravura del giudice nel saper riconoscere le ragioni giustificative nella variabilità dei casi concreti ha permesso alla normativa sulla legittima difesa di progredire e mutare continuamente in base alle esigenze della società[173]. Anche se questa capacità del giudice è venuta ad incrinarsi in tempi molto più vicini a noi. Il giudizio di proporzione è stato progressivamente messo in discussione e dichiarato il motivo di applicazioni distorte per eccesso di "moderazione" delle facoltà di reazione difensiva[174]. Il giudice di merito è chiamato a far un esame di volta in volta molto accurato e preciso della situazione che gli si prospetta nel caso concreto[175].

---

[170] D. NOTARO, *op. cit.*, p. 85.

[171] C.F. GROSSO, *op. cit.*, p. 29; G. AZZALI, *Stato di necessità*, in *Noviss. Dig. It.*, XVIII,Torino, 1971, p. 368ss.

[172] Cass. pen., Sez. I, 5 novembre 2014, n. 51070; Cass. Pen., Sez. I, 19 settembre 2014, n. 44976; Cass. Pen., Sez. I, 26 novembre 2009, n. 47117, in *Cass. Pen.,* 2010, 4184.

[173] La giurisprudenza si è espressa affermando che:«L'apprezzamento della proporzione tra offesa e difesa, che postula un rapporto di corrispondenza valutativa fra due termini, formulato con giudizio *ex ante* in riferimento sia ai mezzi usati ed a quelli a disposizione dell'aggredito che ai beni giuridici in conflitto, non può che essere qualitativo e relativistico: ne consegue che, nel raffronto tra il bene di un aggressore e il bene di un aggredito – pur ammettendosi che questi, nel difendersi, non sia in grado, nella situazione concreta, di dosare esattamente il reale pericolo e gli effetti della reazione – deve ritenersi che il requisito della proporzione venga meno, nel caso di beni eterogenei in conflitto, quando la consistenza dell'interesse leso, quale la vita e l'incolumità della persona, sia enormemente più rilevante, sul piano della gerarchia di valori costituzionali e di quelli penalmente protetti, dell'interesse patrimoniale difeso, ed il male inflitto all'aggredito abbia un'intensità di gran lunga superiore a quella del male minacciato». Sul punto vedasi, Cass. pen., sez. I, 20 giugno 2017, n. 6979. La Cassazione ha escluso la possibilità di invocare la legittima difesa all'imputato che sparò alle spalle di un malvivente che si stava impossessando della sua macchina, uccidendolo, poiché la vittima avrebbe potuto utilizzare l'arma sparando semplicemente un colpo in aria o sull'asfalto per intimidire il ladro oppure avrebbe potuto sparare alle gomme della macchina (Cass. pen., n. 6979/1997).

[174] D. NOTARO, *op. cit.*, p. 89.

[175] La Suprema Corte ha affermato che il giudice debba: «(…) esaminare, oltre che le modalità del singolo episodio in sé considerato, anche tutti gli elementi fattuali antecedenti all'azione che possano aver avuto concreta incidenza sull'insorgenza dell'erroneo convincimento di dover difendere sé od altri da un'ingiusta aggressione (…), nelle ipotesi in cui per legittima difesa, reale o putativa, si faccia uso delle armi, il vaglio circa la proporzionalità tra l'offesa e la reazione deve essere particolarmente rigoroso, tanto più quando l'agente stia svolgendo un'attività tipica di polizia e sia ragionevole attendersi un elevato livello di autocontrollo ed un'accorta ponderazione nell'uso dei mezzi coercitivi a disposizione». Sul punto, Cass., pen., sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 24084.

Come si è efficacemente rilevato, invero:«…lungi dall'essere solo un requisito tecnico nella descrizione di una singola fattispecie di liceità ed in specie della legittima difesa, la proporzione è primariamente un principio generale del sistema penale e dell'intero ordinamento, dei quali rappresenta anzi un valore politico fondamentale»[176]. In mancanza del requisito della proporzione la legittima difesa potrebbe arrivare addirittura a trasformarsi in un'offesa senza giustificazione e in una scriminante "immorale", espressione bruta dell'istinto di conservazione e di aggressività[177]. È dunque importante sottolineare nuovamente come l'aggredito debba ponderare la propria reazione ed agire solamente al fine di salvaguardare il male minacciato e non allo scopo di togliere la vita[178].

5. L'eccesso colposo prima della riforma e la legittima difesa putativa

L'eccesso colposo per legittima difesa ricorre quando sussistono i presupposti di fatto di una causa di giustificazione, ma il soggetto per colpa ne oltrepassa i limiti[179]. Una parte della dottrina sostiene che l'art. 55 c.p. «segna il limite entro il quale la scriminante può svolgere il proprio ruolo»[180].

Questo particolare istituto si può dire che non abbia veri e propri precedenti legislativi[181]. Il precedente codice Zanardelli faceva solo riferimento a un'ipotesi di "errore scusabile" dai limiti "imposti dalla legge, dall'Autorità o dalla necessità", senza fare alcuna distinzione in merito ai coefficienti soggettivi dell'eccesso stesso.

Si parla di eccesso colposo tanto quando il soggetto fa una valutazione erronea sulla situazione di fatto sia quando valuta esattamente la situazione di fatto ma agisce con

---

[176] Per una precisa disamina comparatistica in tema vedi MILITELLO V., *La proporzione nella nuova legittima difesa,* p. 830.

[177] F. MANTOVANI*, Diritto penale. Parte Generale*, Padova, 2007, p. 253.

[178] Cass. pen., sez. I, n. 7957, 11 febbraio 1982, rv. 090215-01. La Corte ha escluso l'applicabilità della scriminante nel caso in cui la vittima faccia un uso dell'arma da fuoco non proporzionato, cioè nel caso in cui indirizzi i colpi verso zone vitali dell'aggressore e ne cagioni la morte. Si considera che sarebbe stato sufficiente utilizzare l'arma come mera deterrenza o semplice lesione per la sua integrità fisica.

[179] P. BEVERE, *op. cit.,* p. 2. L'art. 55 c.p. afferma: «Quando, nel commettere alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 51, 52, 53 e 54, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'autorità ovvero imposti dalla necessità, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo».

[180] R. GAROFALI, *op. cit.*, p. 19.

[181] P. SIRACUSANO, voce *Eccesso Colposo*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, p. 180.

imprudenza, imperizia e negligenza e pone dunque in essere un'azione più grave di quella che sarebbe stata sufficiente per placare la minaccia.

La dottrina distingue tra «eccesso del fine» ed «eccesso dei mezzi»[182]. Nel primo caso, l'eccesso è legato all'errore-motivo, in cui il soggetto agente si rappresenta in maniera erronea i limiti della scriminante, li supera e sussiste la volontà del soggetto di cagionare l'evento più grave di quello consentito; nel secondo caso si parla di errore-inabilità poiché il soggetto agisce a causa d'imprudenza o altra causa, sia pur valutando giustamente la situazione, erra nell'esecuzione non riuscendo in tal modo a contenere i limiti richiesti dalla causa di giustificazione e arrivando a creare un evento più grave non voluto[183]. Nella prassi applicativa l'errore-inabilità non determina alcuna problematica, ma non si può dire lo stesso per l'errore-motivo che può sia declinarsi in un eccesso colposo (l'errore cade sui limiti della scriminante) sia in una supposizione erronea ai sensi dell'art. 59 c.p., comma 4 (si credono esistenti i presupposti dell'esimente, che tuttavia non esistono)[184]. Stabilite le due forme di eccesso, la Cassazione a tal proposito afferma: «(…) l'agente deve perseguire il fine che scriminerebbe la sua condotta; se il fine è diverso si fuoriesce dall'eccesso colposo e si risponde del reato commesso così come si risponde del reato quando si superino volontariamente i limiti (eccesso "doloso") nel senso che se l'agente non si rende conto che l'offesa non richiedeva quel livello di reazione la sua condotta diviene dolosa; (…) perché possa parlarsi di eccesso colposo occorre da un lato che non siano coscientemente superati i limiti che fanno integrare l'eccesso doloso e, dall'altro, che l'eccesso sia colposo, (…) al di fuori di questi due limiti il reato è doloso nel primo caso e difetta la colpa nel secondo»[185].

Per dimostrare la sua responsabilità colposa, il soggetto agente dovrà provare i fatti e le circostanze dai quali ha desunto la presenza della causa di giustificazione e tale valutazione è affidata al libero arbitrio del giudice che, dopo aver valutato la natura colposa dell'azione della vittima alla stregua dei parametri previsti dall'art. 43 c.p., eseguirà un giudizio *ex ante* in merito alle particolari e specifiche circostanze concrete che caratterizzano la fattispecie da esaminare[186]. Il giudice sarà chiamato a valutare

[182] T. PADOVANI, *Diritto penale,* XI ed., Milano, 2017, p. 214; R. GAROFOLI, *op. cit*., p. 194.
[183] P. BEVERE, *op. cit.,* p. 3.
[184] *Ibidem*, p. 4.
[185] Cass. pen., sez. IV, 3 febbraio 2010, n. 12420.
[186] *Ibidem.*

l'esistenza o meno di un pericolo attuale di un'offesa ingiusta, la proporzione tra i mezzi di reazione a disposizione dell'aggredito e del modo in cui ne ha fatto uso ed infine dovrà effettuare un bilanciamento tra l'importanza del bene minacciato dall'aggressore e del bene leso da chi reagisce[187]. È chiaro che in questo articolo non possono essere ricomprese le situazioni di eccesso di dolo, che avvengono "quando l'agente si sia rappresentato esattamente la situazione scriminante, abbia pienamente controllato i mezzi esecutivi e abbia consapevolmente e volontariamente realizzato un fatto antigiuridico che ecceda i limiti della causa di giustificazione"[188].

La responsabilità penale del soggetto può considerarsi esclusa quando ci si trovi di fronte a un errore incolpevole, cioè che non possa essere attribuito al soggetto agente poiché posto in essere al di fuori di ogni *suitas* psichica[189].

In conclusione, affinché la disciplina dell'eccesso colposo operi è necessaria la presenza di tre condizioni: la prima presuppone che siano presenti tutti gli elementi della scriminante nel caso specifico[190]; la seconda richiede il superamento dei limiti del consentito per un errore colposo e determinato da circostanze oggettive, e l'ultima prevede la punibilità a titolo di colpa del comportamento del soggetto agente che abbia ecceduto nei limiti.

L'eccesso colposo va, dunque, distinto da: 1) l'eccesso doloso, ossia l'eccesso consapevole e volontario, che avviene quando un soggetto sceglie in maniera deliberata di porre in essere una reazione difensiva che va al di là dei limiti consentiti e il soggetto, di conseguenza, risponderà del reato commesso a titolo di dolo; 2) l'erronea

---

[187] P. BEVERE, *op. cit.,* p. 4.

[188] Di opinione conforme è la Cassazione che afferma:« La scelta deliberata di una condotta reattiva supera, in tal caso, i limiti imposti dalla necessità della difesa e non per precipitazione, imprudenza od errata valutazione, bensì per consapevole determinazione», Cass. pen., sez. I, 5 luglio 1991, n. 8133.

[189] R. GAROFALI*, op .cit.,* p. 194. La Cassazione a tal proposito afferma: «Quando l'eccesso esiste ma la reale situazione non era conoscibile dall'agente con l'ordinaria diligenza (per es. il rapinatore punta una pistola "giocattolo" priva del tappo rosso e quindi apparentemente arma vera) ovvero l'errore modale non era prevedibile o evitabile l'agente non è punibile per difetto di colpevolezza», Cass. pen., sez. IV, 3 febbraio 2010, n. 12420.

[190] E. DOLCINI, *Sub art. 55 c.p*., p. 3, ove si legge che:«Per Cass. pen., Sez. V, 14 novembre 2008, n. 2505, l'assenza dei presupposti della scriminante della legittima difesa, in specie del bisogno di rimuovere il pericolo di un'aggressione mediante una reazione proporzionata ed adeguata, impedisce di ravvisare l'eccesso colposo nella medesima scriminante, che si caratterizza per l'erronea valutazione di detto pericolo e della adeguatezza dei mezzi usati. Per l'esclusione della legittima difesa, nella forma putativa, e dell'eccesso colposo in legittima difesa, per l'insussistenza di una situazione legittimante l'insorgere di un errore circa l'esistenza di una situazione di pericolo, in un caso in cui l'aggressore aveva attentato con arma da taglio all'incolumità di un uomo disarmato mirando a zone vitali del corpo, senza presentare a sua volta alcuna lesione dimostrativa di un'aggressione patita (C., Sez. I, 25.5.2012, n. 26878)».

supposizione di una scriminante, che si ha quando la causa di liceità non esiste nella realtà, ma solamente nella psiche del soggetto agente; 3) l'eccesso incolpevole, non attribuibile all'autore materiale perché posto in essere al di fuori di ogni suitas psichica, in cui la condotta non è riconducile all'interno di una fattispecie punibile a titolo di colpa[191].

La legittima difesa putativa va distinta chiaramente dall'art.55 c.p., poiché la causa di giustificazione deve essere totalmente esclusa nel momento in cui ci si trovi di fronte a un caso di eccesso colposo, coperto dall'esimente solo fino a un certo punto poiché essa per il resto del tempo è solo supposta, non opera più[192].

La Cassazione si è espressa al fine di risolvere la questione se fosse possibile configurabile l'eccesso colposo in ipotesi di legittima difesa putativa[193]. Si è invero evidenziato in giurisprudenza che in tema di accertamento "…relativo alla scriminante della legittima difesa reale o putativa e dell'eccesso colposo deve essere compiuto con un giudizio "ex ante" calato all'interno delle specifiche e peculiari circostanze concrete che connotano la fattispecie da esaminare, secondo una valutazione di carattere relativo e non assoluto e astratto, rimessa al prudente apprezzamento del giudice di merito, cui spetta esaminare in maniera oggettiva gli elementi fattuali antecedenti all'azione difensiva, senza tener conto degli stati

[191] R. GAROFOLI, *op. cit*., p. 195.

[192] F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 1997, p.375-376.

[193] Sul punto Cass., 15 gennaio 1992, n. 298, afferma:«In coerenza con la sistematica adottata dal legislatore –per cui si distingue tra errore sul fatto che costituisce reato (art. 47 c.p.) ed errore sulle scriminanti (art. 59 c.p.), l'art. 55 contempla un'ipotesi particolare di errore sulle scriminanti, o più esattamente una particolare modalità della condotta caratterizzata da errore sulle scriminanti. La previsione normativa dell'art. 55 c.p. disciplina, infatti, quelle situazioni particolari nelle quali, per colpa, determinata da imperizia o imprudenza, si superano i limiti oggettivi di scriminanti effettivamente esistenti, nel senso che il comportamento dell'agente, fino a un certo punto del suo svolgimento, è sorretto da una causa di giustificazione realmente esistente; mentre in una fase successiva è accompagnato dalla mera putatività di un elemento scriminante, della quale vengono in realtà ecceduti i limiti. Accanto a questa figura di eccesso colposo – che costituisce un eccesso modale – è tuttavia possibile parlare di eccesso anche quando questo si innesta su di una situazione di scriminante erroneamente supposta: l'agente ritiene per errore incolpevole che esista una scriminante – che nella realtà non esiste – ma nell'agire trascende colposamente i limiti consentiti dalla disposizione. Tale forma di eccesso, che esula dalla disciplina dell'art. 55 c.p., è riconducibile alla figura generale dell'art. 59 quarto comma seconda parte, che implicitamente prevede anche una forma di eccesso: l'agente, cioè, opera nella erronea ma giustificata convinzione della esistenza di una scriminante, che nella realtà non sussiste (e che sarebbe quindi coperta dalla scriminante positiva) ma, per colpa, non si rappresenti o non osservi i limiti della scriminante stessa e concretamente li trascenda», in *www.italgiure.it.* Sul punto, anche Cass. pen., Sez. IV, 13 febbraio 2019, n. 9463, in *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it*, 2020, p. 1 ss.

d'animo e i timori personali che possano aver indotto l'agente ad un errore circa la reale portata dell'aggressione o della minaccia nei suoi confronti"[194].

L'art 55 c.p. può essere applicato tranquillamente anche alle altre scriminanti poiché anche lo stesso articolo richiama a un esame del superamento dei limiti nel caso concreto[195].

Sul rapporto tra eccesso colposo e scriminante putativa è stato ulteriormente detto che: «L'assenza dei presupposti della scriminante della legittima difesa, in specie del bisogno di rimuovere il pericolo di un'aggressione mediante una reazione proporzionata e adeguata, impedisce di ravvisare l'eccesso colposo, che si caratterizza per l'erronea valutazione di detto pericolo e dell'adeguatezza dei mezzi usati»[196].

Per quanto riguarda il rapporto che sussiste tra l'art. 59 c.p., comma 4, e la legittima difesa[197], viene evidenziato dalla Cassazione che: «La legittima difesa putativa postula i medesimi presupposti di quella reale con la sola differenza che, nella prima, la situazione di pericolo non sussiste obiettivamente, ma è supposta dall'agente a causa di un erroneo apprezzamento dei fatti»[198] o, in altri termini, da un'inesatta valutazione

---

[194] Così,Cass., pen., sez. I, 22 ottobre 2015, n. 47177. In senso conforme Cass. pen., sez. I, 6 novembre 2012, n. 27595 ("L'accertamento della legittima difesa putativa, così come quella reale, deve essere, in ogni caso, effettuato un giudizio *ex ante* – e non già *ex post* – delle circostanze di fatto, cronologicamente rapportato al momento della reazione e dimensionato nel contesto delle specifiche e peculiari circostanze concrete al fine di apprezzare solo in quel momento – e non a posteriori – l'esistenza dei canoni della proporzione e della necessità della difesa costituitivi dell'esimente indicata"); Cass. pen. sez. I, 19 febbraio 2013, n. 3148.

[195] Cass., pen., sez. IV, 13 dicembre 2011, n. 34137, che afferma: «Nella specie, un uomo era morto per asfissia in quanto degli agenti di polizia, dopo averlo ammanettato, lo avevano spinto a terra e mantenuto in posizione prona, salendogli a turno sulla schiena, e, nonostante l'uomo continuasse a dimenarsi, gli avevano praticato un'eccessiva pressione sul dorso, tanto da limitarne grandemente le capacità respiratorie. A detta della Corte, nella vicenda gli operanti erano andati ben al di là dei comportamenti loro permessi dalle scriminanti codificate negli artt. 51 e 52 c.p., e ciò a cagione di un errore di fatto, determinato da negligenza ed imperizia che li aveva portati a valutare in maniera distorta le reazioni dell'ammanettato, stante la incontrovertibile prevedibilità degli esiti potenzialmente lesivi della loro condotta», in *Diritto e Giustizia online,* 2012, 7 settembre.

[196]Cass., pen., sez. V, 11 maggio 2010, n.26172, in *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it*, 2020, «nella specie si è escluso che la scriminante di cui all'art. 52 c.p., nei confronti dell'imputata, in ordine al delitto di cui all'art. 575 c.p. - la quale, aggredita dal marito, lo aveva colpito con un coltello della lunghezza non inferiore a 10 cm - ritenendo che l'utilizzo del coltello non poteva configurarsi quale eccesso colposo di legittima difesa, posto che la vittima non aveva usato arma alcuna e non aveva inferto lesioni all'imputata, che costei aveva forza fisica sufficiente per sottrarsi alle percosse, che in casa vi erano altri soggetti cui chiedere aiuto e che, pertanto, doveva ritenersi che l'imputata fosse consapevole di non essere in pericolo grave per la propria incolumità», in *CED Massima-Cass. Pen. n. 2505 del 2009* .

[197] A. DI TULLIO D'ELISIIS, *op. cit.,* p. 66.

[198] Cass. pen., sez. I, 19 febbraio 2013, n. 3148. In senso conforme Cass. pen., sez. I, 24 novembre 2009, n. 3464 ("La legittima difesa putativa postula i medesimi presupposti di quella reale con la sola differenza che, nella prima, la situazione di pericolo non sussiste obiettivamente, ma è supposta dall'agente a causa di un erroneo apprezzamento dei fatti"); Cass. pen., sez. I, 14 febbraio 2006, n. 15025 ("La legittima

delle contingenti circostanze di fatto, determinato da una situazione obiettiva volta a far convincere il soggetto di essere in una situazione di pericolo attuale di un'offesa ingiusta[199]. Spetta al soggetto agente l'onere di dare giustificazioni circa la presenza degli elementi di fatto, che abbiano creato in lui l'erronea opinione circa la presenza dell'elemento della necessità di difesa[200]. Chi commette il reato sulla base dell'erronea supposizione dell'esistenza di una causa di giustificazione, vuole chiaramente un fatto diverso da quello che costituisce reato e l'errore deve cadere sui presupposti di fatto della scriminante: l'agente deve credere di operare alla stregua di una causa di giustificazione previste per legge[201].

Per quanto riguarda il concetto di errore scusabile, esso deve essere determinato da colpa e deve trovare giustificazione in qualche fatto, che malamente rappresentato o compreso, instauri nella mente del soggetto agente la credenza di trovarsi all'interno della fattispecie prevista per l'operatività della legittima difesa[202].

---

difesa putativa postula i medesimi presupposti di quella reale con la sola differenza che, nella prima, la situazione di pericolo non sussiste obiettivamente, ma è supposta dall'agente a causa di un erroneo apprezzamento dei fatti"). Sul punto si veda anche L. DELPINO, R. PEZZANO, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Napoli, 2019, p. 104. Si pensi al caso di Tizio che per errore di percezione creda di essere aggredito da Caio con una pistola per cui reagisce e lo uccide. Tizio andrà totalmente esente da pena se l'errore non è stato determinato da colpa. In questo caso infatti non si può certo dire che Tizio abbia sparato per uccidere, ma solo per difendersi.

[199] A. DI TULLIO D'ELISIIS, *op. cit.,* p.71.

[200] Cass. pen., sez. I, 9 ottobre 1989, n. 16015. In senso conforme: Cass. pen., sez. V, 10 novembre 1983, in *Giust. pen*., 1984, II, p. 483 ("La legittima difesa putativa postula gli stessi requisiti di quella reale. Con la sola diversità che, nella prima, la situazione di pericolo non esiste obiettivamente, essendo erroneamente supposta dall'agente; errore che spetta all'imputato dimostrare attraverso la prova dei fatti e circostanze che lo rendono attendibile").

[201] L. DELPINO, R. PEZZANO, *op. cit*., p. 104.

[202] *Ibidem.* In senso In senso conforme, Cass. pen., sez. I, 14 febbraio 2006, n. 15025 ("L'errore, che ha efficacia esimente se è scusabile e comporta responsabilità di cui all'art. 59 c.p, comma ultimo, quando sia determinato da colpa, deve in entrambi le ipotesi trovare adeguata giustificazione in qualche fatto – sebbene malamente rappresentato o compreso, abbia la possibilità di determinare nell'agente la giustificata persuasione di trovarsi esposto al pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sicchè la legittima difesa putativa non può valutarsi alla luce di un criterio esclusivamente soggettivo e desumersi, quindi, dal solo stato d'animo dell'agente, dal solo timore o dal solo errore, dovendo, invece, essere considerata anche la situazione obiettiva che abbia determinato l'errore"; "L'erronea opinione della necessità di difendersi sia fondata su dati di fatto concreti, di per sé inidonei a creare un pericolo attuale, ma tali da giustificare, nell'animo dell'agente la ragionevole persuasione di trovarsi in una situazione di pericolo, persuasione che peraltro deve trovare adeguata correlazione nel complesso delle circostanze oggettive in cui l'azione della difesa venga ad estrinsecarsi"); Cass. pen., sez. I, 21 febbraio 2017, n. 46567 (" l'errore scusabile che può giustificare la scriminante deve trovare adeguata giustificazione in qualche fatto che, seppure malamente rappresentato o compreso , abbia la possibilità di determinare nell'agente la giustificata persuasione di trovarsi esposto al pericolo attuale di un offesa ingiusta sulla base di dati di fatto concreti, e cioè di una situazione obiettiva atta a far sorgere nel soggetto la convinzione di trovarsi in presenza di un pericolo presente ed incombente, non futuro o già esaurito, di un'offesa ingiusta").

Secondo la giurisprudenza la sproporzione fra offesa e difesa è imputabile per colpa nell'errore di calcolo tra pericolo e i mezzi di salvezza infatti l'eccesso colposo da non è nient'altro che lo sbagliato calcolo della reazione che risulta essere inadeguata ed eccessiva rispetto alla minaccia subita[203].

Tanto la disciplina della legittima difesa quanto quella dell'eccesso colposo, alla luce dei continui fatti di cronaca e dubbi di applicazione, percepivano l'esigenza di una modifica legislativa che potesse renderli più consoni e corrispondenti alle esigenze che la società richiedeva, così il 13 febbraio 2006 si proclamò la prima riforma dell'intera disciplina.

[203] Cass., pen., 2019, n. 29365.

Capitolo II

LE RIFORME E LA "NUOVA" LEGITTIMA DIFESA

SOMMARIO: 1. La legge 13 febbraio 2006 n. 59: la legittima difesa domiciliare. – 2. Struttura e requisiti della legittima difesa domiciliare; 2.1. La nozione di domicilio; 2.2. Limiti soggettivi della scriminante speciale; 2.3. La peculiarità della nuova situazione offensiva e i suoi limiti oggettivi; 2.4. La reazione difensiva; 2.5. La presunzione di proporzione – 3. Casi giurisprudenziali – 4. Le problematiche della legittima difesa speciale e l'esigenza di una riforma – 5. La legge 26 aprile 2019 n. 36 e la "nuova" legittima difesa; 5.1. Da "legittima difesa" a "difesa legittima". – 6. L'eccesso colposo nella legittima difesa speciale: ampliamento dei casi di non punibilità. – 7. Fraintendimenti e considerazioni conclusive.

1. La legge 13 febbraio 2006 n. 59: la legittima difesa domiciliare

La legge 13 febbraio 2006 n.59 ha aggiunto due nuovi commi all'articolo 52 c.p., ampliando così la portata e la copertura casistica dell'istituto della legittima difesa. È stata, infatti, aggiunta la previsione della legittima difesa domiciliare, volta a disciplinare i casi in cui l'offesa prevista dall'art. 52 c.p. avvenga all'interno del proprio domicilio o in altri luoghi dove si conducano attività di tipo commerciale, imprenditoriale, professionale, cioè luoghi caratterizzati da profili di assodata riservatezza rispetto alle ingerenze altrui.[204] Il presupposto dell'applicazione di questi

[204]D. NOTARO, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive,* Torino, 2020, p. 156. Il nuovo testo dell'art. 52 c.p. prevede che: «Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere : a) la propria o l'altrui incolumità ; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione". Il terzo nuovo comma prosegue affermando che: «Le disposizioni di cui al secondo comma si applicano anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo, ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale».

due nuovi commi consiste precisamente nella violazione del domicilio che può realizzarsi in tutte le forme previste dall'articolo 614 c.p.[205].

Leggendo la nuova disposizione normativa, si può notare come la struttura della scriminante non sia stata assolutamente alterata, ma la riforma si è concentrata di chiarirne i limiti soggettivi, quantitativi e temporali[206]. Il legislatore sceglie di dettare una normativa speciale per quel tipo di aggressioni che avvengono all'interno del domicilio, fermo restando che per tutti gli altri tipi di aggressioni l'applicazione della disciplina generale del primo comma è ferma e indiscussa[207].

Un altro dato che balza all'occhio è quella parte del secondo comma che fa riferimento alla sussistenza della proporzione. Il legislatore del 2006 sembra aver spostato l'asse del rapporto di proporzione dal piano dei fatti in cui consistono l'offesa e la difesa, a quello della condotta offensiva e difensiva[208], finendo per avvicinare l'istituto della legittima difesa con quello dell'uso legittimo delle armi[209], anche se poi, leggendo accuratamente l'articolo, nell'art. 53 c.p. non è configurato il requisito della proporzionalità, come lo è invece necessariamente in materia di legittima difesa. Una delle finalità della riforma era sostanzialmente quella di giustificare l'impiego delle armi in particolari situazioni.

Prima del 2006 non si era mai avvertito il bisogno di riformulare l'art 52. c.p., poiché esso era definito "un modello di sapienza giuridica e di equilibrio normativo" capace di tutelare e governare la gran parte delle situazioni che potevano entrare nel cono d'ombra della scriminante[210]. Col tempo le cose cambiarono e si percepì la necessità di creare

---

[205] L'art. 614 c.p. afferma: «Chiunque s'introduce nell'abitazione altrui, o in un altro luogo di privata dimora, o nelle appartenenze di essi, contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi s'introduce clandestinamente o con inganno, è punito con la reclusione da uno a quattro anni. Alla stessa pena soggiace chi si trattiene nei detti luoghi contro l'espressa volontà di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi si trattiene clandestinamente o con inganno. Il delitto è punibile a querela della persona offesa. La pena è da due a sei anni e si procede d'ufficio, se il fatto è commesso con violenza sulle cose, o alle persone, ovvero se il colpevole è palesemente armato» .

[206] F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009, p. 259.

[207] Aderiamo qui, per le ragioni che si cercherà di illustrare nel testo, alla tesi secondo cui i commi II e III dell'art. 52 c.p. tracciano una figura speciale di legittima difesa, e non una nuova ed autonoma scriminante; in questo senso, si vedano G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2006, p. 887; F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 259; M. RONCO, *Il reato*, II, Bologna, 2007, p. 651 e ss.; T. PADOVANI, *Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze*, in *Guida dir.*, 13/2006, p. 52 ss.; A. GARGANI, *Il diritto di autotutela in un privato domicilio (L. 13 febbraio 2006, n. 59)*, in *St. Jur.*, 2006, IX, 963 ss.

[208] M. RONCO, *op. cit.*, p. 649.

[209] L'art. 53 c.p. afferma: «Ferme le disposizioni contenute negli articoli precedenti, non è punibile il pubblico ufficiale che, al fine di adempiere un dovere del proprio ufficio, fa uso ovvero ordina di far uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica, quando vi è costretto dalla necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza […]».

[210] Sono le note parole di T. PADOVANI, *Un modello di equilibrio*, p.52.

una disciplina della legittima difesa molto più potenziata, a fronte del continuo crescere della criminalità, percepita sempre più pericolosa e aggressiva dai cittadini, al fine di rafforzare la difesa dei cittadini contro l'aumentare in maniera smodata dei reati commessi in luoghi di privata dimora o in luoghi dove si svolge la personalità umana[211]. Infatti, la riforma del 2006 nasce in un ambiente in cui erano già presenti proposte con il medesimo fine[212]. A ragion di ciò vi è stato un incremento delle richieste dei cittadini per aumentare l'efficacia e l'efficienza della difesa pubblica, che visti i fenomeni criminosi, sembrava da considerare carente[213].

Al contrario, c'è chi, invece, sostiene che le ragioni della riforma non siano da ricollegare a motivi sociali ed empirici, ma, al contrario, essi erano dovuti al bisogno di rendere la norma maggiormente precisa e all'opportunità di ampliare i confini di applicabilità della disciplina. Si lamentava, infatti, la costernazione provocata dal moderato (forse troppo) uso della scriminante da parte dei giudici penali e l'ingiustizia di molte delle punizioni da loro inflitte nei confronti di soggetti vittime di aggressioni all'interno del loro domicilio, cioè quando esse si trovano in una condizione di chiara ed evidente debolezza[214]. Vi era, insomma, un sentimento di sfiducia nei confronti della capacità dei giudici di interpretare il bisogno di protezione dei cittadini sottoposti alle

---

[211] Cass. pen., sez. V, 30 marzo 2017, n. 44011. Per un commento, vedasi: N. CAROLEO GRIMALDI, *Osservazioni a Cass. pen., sez. V, data udienza Ud. 30 marzo 2017, data deposito (dep. 25 settembre 2017), n. 44011,* in *Cassazione penale,* fasc. 7-8, 2018, p. 2502.

[212] DDL 1899 e DDL 2287, *Resoconto Sommario dell'Assemblea,* seduta n. 736 di martedì 24 gennaio 2006, in *www.camera.it*, p. 1 ss.

[213] M. RONCO, *op. cit.*, p. 457 ss. L'autore asserisce che: «Già nel corso della XIV legislatura nel Parlamento Italiano si è palesata la necessità di una riforma legislativa che definisse, togliendo l'incertezza, il clima sulla legittimità della difesa. Diversi disegni di legge sono stati depositati con l'intento di modificare l'assetto dell'art. 52 del codice penale, sia per quanto concerne il giudizio di proporzionalità, sia soprattutto, ad affiancare l'uso legittimo delle armi o della forza fisica da parte del privato "costretto dalla necessità di difendere l'inviolabilità del domicilio contro un'intromissione ingiusta" che è una parte veramente innovativa nel corpo della scriminante che fino al momento lo contemplava esclusivamente da parte della forza pubblica. Si pone l'attenzione non solo sulla salvaguardia dei beni patrimoniali ma anche "sul ragionevole timore" per l'incolumità o la libertà delle persone presenti nel domicilio. Per cui la disposizione in esame opera più sull'attualità del pericolo che sul requisito della proporzionalità»

[214] L'opportunità di avvantaggiare la considerazione di tali situazioni è più recentemente ribadita come parte costante della tradizione giuridica occidentale, da M. RONCO, *op. cit.*, p. 644-645, che riporta al riguardo la testimonianza di A. FEUERBACH*, Lehrbuch des gemeines in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts,* Gießen, 1847, p. 282. Essa si giustifica altresì, secondo l'autore, considerando che, mentre si possono imporre la rinuncia alla difesa e la fuga, quando l'aggressione avvenga in spazi aperti che consentono una pluralità di alternative, tali possibilità non sono date "quando l'aggressione avvenga all'interno del domicilio, ove sono in gioco contemporaneamente beni personali e patrimoniali, in un plesso di interessi difficilmente districabile, che non può essere colto staticamente, ma soltanto descritto nello sviluppo dinamico delle azioni e reazioni".

aggressioni più odiose[215]. Gli interventi correttivi effettuati in Parlamento miravano proprio a evidenziare la "sacralità del domicilio"[216], introducendo l'idea secondo la quale, se in passato, con la previgente normativa, era la vittima dell'aggressione che, costretta a difendersi, doveva valutare le conseguenze giuridiche del suo agire, attraverso la nuova normativa, dovrà essere l'aggressore a compiere una valutazione dei rischi al quale esporrebbe il suo agire[217]. Il legislatore, con la riforma, non ha voluto introdurre un uso libero dell'arma, ma ha reso chiara la necessità di tutelare la proprietà, la famiglia e la persona, essendo essi valori costituzionalmente garantiti[218]. La legittima difesa non è più concepita in senso individualistico, ma in conformità a una concezione pubblicistica, che rinviene nell'esplicazione da parte del singolo della difesa legittima, non sono a tutela di un suo diritto, ma la difesa dell'intero ordinamento giuridico[219].

Con l'introduzione della riforma si è tentato di dare tolleranza alle casistiche che prima erano classificate, senza ombra di dubbio, come eccesso colposo di legittima difesa[220]. Dunque, il legislatore del 2006 si è preoccupato di tutelare la vittima dell'aggressione quando il pericolo attuale di un'offesa ingiusta sia portato all'interno delle mura domestiche, dove è molto più facile che l'individuo possa essere preso da uno stato di disorientamento psicologico e viene indotto ad abbandonare le ordinarie precauzioni nei rapporti con gli altri individui, mostrandosi, al contrario, più indifeso. È comune pensare che quando si sia vittime di un'aggressione all'interno del proprio spazio vitale privato è chiaro che il disorientamento psicologico, dato dal contesto di essere spodestati della propria privacy, è di maggiore impatto emotivo e il panico, che può colpire una persona, può minare il controllo dei propri movimenti e il temperamento delle proprie reazioni, portando l'individuo in uno stato psico-fisico tale da non considerare *ex ante* le conseguenze delle propria condotta e adoperare un grado di violenza più intensa di quella che avrebbe realmente voluto.

---

[215] D. NOTARO, *op. cit.*, p. 158.
[216] DDL 1899 e DDL 2287, *Resoconto stenografico*, seduta del 6 luglio 2005, in *www.senato.it,* 1ss.
[217] F. VIGANÒ, *Sulla 'nuova' legittima difesa,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 189 ss.
[218]DDL 1899 e DDL 2287, *Resoconto stenografico*, seduta del 28 novembre 2005, in *www.camera.it,* p. 1 ss.
[219] F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 189 ss.
[220] La Cass. pen., sez. I, 8 novembre 2017, n. 8090, afferma: «L'ipotesi di eccesso colposo di legittima difesa non sembra avere spazio nel caso di specie in cui la legittima difesa – se sussistente – fu "domiciliare" ai sensi dell'art. 52 c.p., comma 2: poiché la norma stabilisce preventivamente la sussistenza della proporzione tra l'aggressione e la difesa, non vi può essere eccesso colposo ai sensi dell'art. 55 c.p.». Conf. Cass. pen., sez. I, 4 aprile 2018, n. 13851. L'eccesso è appunto "assorbito" dalla sopravvenuta fattispecie.

La nuova fattispecie limita quindi direttamente l'ambito di configurabilità dell'eccesso difensivo, però, molto spesso, eludendo la questione della concreta presenza di uno stato di sconvolgimento emotivo, incidente sulla condotta tenuta e finendo per parificare nel trattamento condizioni personali ben diverse fra loro, cioè chi effettivamente reagisca in preda al panico e chi, invece, abbia il pieno controllo del proprio comportamento, che meriterebbero sicuramente un diverso trattamento[221].

In sostanza l'obiettivo della riforma del 2006 era quello di ridurre al minimo il rischio che il soggetto aggredito si trovasse nelle condizioni di dover affrontare un processo penale, volto all'accertamento necessario dei presupposti dell'esistenza o meno della causa di giustificazione, solo per il fatto di essersi difeso da un'aggressione[222].

Le nuove modifiche apportate alla disposizione non tardarono a sollevare polemiche, soprattutto per il nuovo concetto di proporzione, ritenuto molto indeterminato e facilmente oggetto di eccessiva discrezionalità, da parte del giudice, nell'applicazione dell'istituto[223]. Il dispositivo normativo finisce per diffondere l'idea secondo cui è presente una garanzia immediata nei confronti del cittadino agiato in sfavore del meno abbiente, trasmettendo il messaggio secondo cui la tutela del patrimonio è aumentata rispetto a quella della vita e dell'integrità fisica[224].

Contro queste polemiche, si espresse in maniera critica Marcello Gallo, secondo cui l'apporto delle modifiche all'art. 52 c.p. era assolutamente necessario affinché fosse tutelata la salvaguardia dei diritti propri e altrui, contrariamente a uno Stato che, nel caso concreto, non poteva intervenire[225].

---

[221] D. NOTARO, *op. cit.*, p. 169.

[222] P. BEVERE*, La legittima difesa. Aggiornato alla legge 26 aprile 2019, n.36*, Torino, 2019, p. 30. L'autrice prosegue affermando che il Ministro della Giustizia spingeva per concedere maggiori garanzie per coloro che avevano usato armi da fuoco nei confronti di terzi estranei che erano penetrati nel domicilio o nei locali dell'esercizio commerciale con finalità di tipo criminale.

[223] *Ibidem*.

[224] *Ibidem,* p. 31. Di opinione conforme è F. CONSULICH*, Lo stato penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018, p. 10. Secondo l'autore il nuovo articolo difende "un po' di più i cittadini onesti e un po' meno i criminali".

[225] *Ibidem.* Sul punto, vedasi: M. GALLO, *La legittima difesa continua a piacer poco agli italiani,* in *Moralité, Quaderni di critica del diritto*, Napoli, 2011, p. 79. L'autore afferma: «Quello che disturba è che il singolo abbia provveduto alla difesa di sé o di terzi con le proprie mani, quasi usurpando una prerogativa dei poteri giuridicamente organizzati. Altrettanto poco sembra, poi, contare il fatto che presupposto di facoltà di auto protezione sia l'impossibilità di intervento di chi è, per legge, deputato alla difesa della società. Sembra, in un certo senso, che vi sia il convincimento che, ove lo Stato non possa interporsi, sia opportuno lasciar correre: tutto sommato, meglio un'ingiustizia che un disordine. E si badi: una siffatta diffusa mentalità non resta confinata a sentimenti più o meno confusi e, spesso, contraddittori. La ritroviamo in non poche decisioni giudiziarie, anche della Suprema Corte. Il rigore con il quale si procede all'accertamento del requisito della proporzione tra offesa e difesa, l'oblio del vecchio, saggio

Lo Stato finisce per promuovere l'autotutela armata, incrementando le frustrazioni e la "voglia di forca" dei propri cittadini, poiché consapevole di essere impossibilitato a garantire la sicurezza nella sua totalità e finendo così per affidarne la gestione a un popolo chiaramente culturalmente più arretrato[226].

Una parte della dottrina afferma che: «Il fondamento della legittima difesa sarebbe dunque il fatto che l'aggressore 'non si comporta come una persona di diritto', diventando un *estraneo* che vede parzialmente svanire i suoi diritti e che potrebbe completamente perderli diventando un *nemico* se non garantisce un'almeno parziale fedeltà dell'ordinamento»[227].

L'ultimo aspetto problematico della riforma è quello che riguarda le conseguenze civili, che ha previsto l'aggiunta di due commi all'art. 2044 c.c.[228]. In merito alla prima modifica effettuata, si tende a trattare allo stesso modo fattispecie molto differenti fra loro, cioè chi abbia realmente agito secondo legittima difesa da chi invece abbia applicato nel proprio agire una semplice presunzione; ciò comporta la seria compromissione del diritto alla vita e il possibile annullamento di eventuali risarcimenti dovuti[229]. La seconda modifica determina invece un differente trattamento, poiché chi avrà agito a seguito di un grave turbamento, sarà tenuto a versare un'indennità, mentre chi ecceda colposamente senza il grave turbamento, non avrà alcuna conseguenza[230].

---

ammonimento che *adgreditus non habet staderam*, il frequente ricorso alla eventualità del *commodus discessus* per limitare *contra legem* (all'art. 52 c.p. non è fatta menzione, a differenza di quanto avviene per lo stato di necessità, della inevitabilità della reazione) il diritto di difesa, stanno tutti a dimostrare quanto faccia fatica ad affermarsi l'idea che, a certe condizioni, ci si può – si faccia attenzione: non che si debba – aggiustare da soli. Il legislatore del 13 febbraio 2006 ha cercato di correggere non tanto la norma, quanto la prassi che su di essa, e intorno ad essa, si era venuta creando».

[226] P. BEVERE, *op. cit*., p. 32.

[227] A. GAMBERINI, *Percorsi autoritari ed esiti simbolici della riforma della legittima difesa, in AA. VV., La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, Padova, 2006, p. 69.

[228] Il nuovo secondo comma della norma stabilisce che "nei casi di cui all'art. 52, commi secondo, terzo e quarto, del codice penale, la responsabilità di chi ha compiuto il fatto è esclusa la responsabilità civile";; il nuovo terzo comma, al contrario, prevede che "nel caso di cui all'art. 55, comma 2 del codice penale" sia dovuta al danneggiato un'indennità. Sul punto E. SIROTTI GAUDENZI, C. PAOLINI, *La legittima difesa dopo la riforma. Legge 26 aprile 2019, n. 36 (G.U. N. 102 del 3 maggio 2019). Con tabella di raffronto tra vecchia e nuova normativa*, San Giustino (Pg), 2019, p. 76.

[229] *Ibidem*.

[230] *Ibidem*. Nei casi di eccesso colposo ex art. 55 c.p., il soggetto è tenuto a versare "un'indennità la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice, tenuto altresì conto della gravità, delle modalità realizzative e del contributo causale della condotta posta in essere dal danneggiato"

2. Struttura e requisiti della legittima difesa domiciliare

La nuova fattispecie del 2006 dunque sembra muoversi sul medesimo sentiero e ambito del vecchio art. 52 c.p., della quale accentuerebbe solo i tratti. Infatti, con la riforma non si è introdotto un nuovo articolo 52-bis, ma sono stati aggiunti al testo previgente altri due commi. La riforma non ha voluto sovvertire la struttura dell'istituto della legittima difesa introdotta dal codice Rocco[231], ma ha introdotto una «sottofattispecie speciale»[232]. Bisogna chiedersi se anche nella legittima difesa domiciliare sia richiesta la presenza dei requisiti di "pericolo attuale", di un'aggressione, di "costrizione" e "necessità" della reazione[233]. La proporzione è l'unico requisito che spicca all'interno della riforma poiché la norma la richiama espressamente. Per quanto riguarda gli altri requisiti, benché la loro presenza sia ammessa[234], non è pacifica[235], non essendo essi richiamati in maniera espressa all'interno della disposizione normativa.

Il giudizio sulla proporzionalità, come accennato nel paragrafo precedente, non si riferisce al rapporto tra il fatto consistente l'offesa e il fatto che si identifica nella difesa (come avviene nella legittima difesa sancita dal primo comma) ma riguarda il confronto tra la condotta illecita e i mezzi e strumenti utilizzati per contrastarla[236].

Per quanto riguarda la presenza degli altri requisiti previsti dall'art. 52 c.p., vi sono due orientamenti a riguardo. Il primo, quello che abbiamo già accennato fino ad ora, che ritiene la legittima difesa domiciliare un'ipotesi speciale rispetto a quella tradizionale e

---

[231] Così Cass. pen., sez. I, 25 febbraio 2014, n. 28802, la quale ha affermato che «In tema di legittima difesa, le modifiche apportate all'art. 52 c.p. dalla l. 13 febbraio 2006 n. 59, anche nella formulazione della cosiddetta legittima difesa domiciliare, hanno riguardato solo il concetto di proporzionalità, fermi restando i presupposti dell'attualità dell'offesa e della inevitabilità dell'uso delle armi come mezzo di difesa della propria o dell'altrui incolumità. Di conseguenza, la reazione a difesa dei beni è legittima solo quando non vi sia desistenza e sussista un pericolo attuale per l'incolumità fisica dell'aggredito o di altri.». Nella specie, la Corte ha ritenuto corretto il ragionamento dei giudici di merito che, nel pronunciare condanna per il reato di omicidio volontario, avevano escluso l'esimente della legittima difesa, apprezzando che l'imputato aveva esploso i colpi attingendo mortalmente un soggetto che stava sottraendogli l'autovettura, in assenza delle condizioni per poter ravvisare un pericolo di aggressione, giacché il ladro e il complice si stavano allontanando.

[232] G. FLORA , *Brevi riflessioni sulla recente modifica dell'art. 52 c.p.: il messaggio mass mediatico ed il "vero" significato della norma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2006, p. 461.

[233] G. A. DEFRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2011, p. 287ss; M. TALANI, *Legittima difesa e stato di necessità*, Roma, 2014, p. 19 ss.

[234] G. FORTE, *I nuovi confini della legittima difesa*, in *Cass. pen.,* 2006, p. 3075; A. GAMBERINI, *Percorsi autoritari ed esiti simbolici della riforma della legittima difesa,* in *AA.VV., La legislazione penale compulsiva,* a cura di G. Insolera, Padova, 2007, p. 74.

[235] G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale, VI ed*., Bologna - Roma, 2010, p. 299.

[236] D. NOTARO, *op. cit.*, p. 171.

concepisce la nuova forma della scriminante all'interno della logica dell'ipotesi generale di cui al primo comma e dunque l'elemento della proporzionalità andrebbe riconsiderato nell'ipotesi in cui il reato sia commesso all'interno del domicilio[237]. Il secondo orientamento concepisce la legittima difesa domiciliare come propria, autonoma ed eterogenea rispetto a quella prevista al primo comma, in quanto caratterizzata dall'irrilevanza della valutazione dell'elemento della proporzione[238].

È utile specificare che l'origine della scriminante domiciliare non affondava le proprie radici sulla figura vera e propria dell'ipotesi di difesa contro un'aggressione altrui (la quale implica il necessario confronto con quest'ultima)[239] ma si configurava più come una specifica ipotesi di uso legittimo delle armi[240] (non di legittima difesa) , consistente nella possibilità di autotutela sussidiaria, attraverso l'uso legittimo delle armi, che si poteva esercitare in mancanza di una presenza statuale, ossia quando risultava difficile per lo Stato intervenire tempestivamente per prevenire la commissione dei reati. Tale orientamento andrebbe in accordo con la volontà parlamentare durante i lavori dell'assemblea che considerava la scriminante in esame come una situazione giuridica soggettiva assimilabile come contenuti all'esercizio di un diritto, un riconoscimento a priori di una facoltà legittima in capo al soggetto, sempreché ricorrano le altre condizioni richieste dalla norma[241].

C'è da dire che a differenza del primo comma, il secondo si concentra sulla "mera condotta" dell'agente e non sul suo risultato offensivo: appunto sulla prerogativa

---

[237] Tra gli altri, F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, VII ed., Torino, 2018, p. 407 ss.

[238] V. a esempio, T. PADOVANI, *Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità ed incertezze*, in *Guida al diritto. Il sole 24 ore,* 2006, p.52.

[239] D. NOTARO, *op. cit.*, p. 172.

[240] Accanto all'uso delle armi da parte di un pubblico ufficiale, l'art. 31, n.3 del Progetto di riforma del codice penale avanzato nel 2005 dalla Commissione presieduta dal dott. Nordio, autorizzava con effetto scriminante la potestà di qualunque cittadino di fare uso di armi «perché costretto dalla necessità di difendere l'inviolabilità del domicilio contro un'intrusione ingiusta, violenta o clandestina e tale da destare ragionevole timore per l'incolumità o la libertà delle persone presenti nel domicilio».

[241]E. DOLCINI, *Sub art. 52 c.p.*, in E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Commentario al codice penale*, in *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it*, 2020, p. 2 ss. afferma che: «Fulcro centrale su cui imperniare la disamina di un fatto commesso dal soggetto che si difende è la valutazione della situazione aggressiva e la reazione offensiva, non tralasciando ovviamente in secondo piano, il diritto proprio o altrui. Tali diritti non comprendono solo quelli soggettivi di natura personale (vita, integrità fisica, etc..) ma anche di natura patrimoniale (possesso, proprietà o altri diritti reali, diritti di godimento) tra cui sembrano potersi comprendere anche i diritti di credito, qualora vi sia il pericolo che il soddisfacimento del credito venga frustrato dalla condotta del debitore. Il riferimento legislativo ad un diritto "proprio o altrui" sembra ricondurre ad un soggetto determinato lasciando fuori dalla portata applicativa azioni finalizzate alla difesa di beni a carattere collettivo».

conferita al soggetto, non sul rapporto fra i fatti lesivi[242]. Ciò dimostra come ci si è molto allontanati dalla concezione tradizionale della legittima difesa, così concepita dal codice Rocco. Per tali ragioni si traccia maggiormente una condizione di autonomia sistematica della legittima difesa domiciliare[243], invece di considerare un mantenimento di un legame di derivazione dall'omonima previsione di base.

2.1. La nozione di domicilio.

Come già detto, la nuova previsione della legittima difesa domiciliare può essere applicata solo quando sia avvenuta una violazione di domicilio ex art. 614 c.p. La nozione di domicilio, già prima dell'entrata in vigore della Costituzione, s'imbatte in due concettualizzazioni di carattere generale: quella generata dal diritto penale e quella utilizzata nel campo civile[244]. Nel codice civile l'art. 43 definisce il domicilio come il luogo dove in cui una persona stabilisce "la sede principale dei suoi affari e interessi", tenendolo distinto dal concetto di residenza che costituisce "il luogo in cui la persona ha la dimora abituale".[245] Nel codice penale invece il richiamo è all'art. 614 e i luoghi menzionati dal legislatore sono: l'abitazione, ogni altra privata dimora[246] e le appartenenze di essi.

La nozione civilistica è stata ritenuta troppo restrittiva, infatti la dottrina maggioritaria del dopoguerra ha espressamente ritenuto più consono l'utilizzo del concetto penalistico di domicilio, considerato più appropriato e risolutivo, poiché il codice penale fa riferimento ad un qualunque luogo riservato, legittimamente ed effettivamente adibito

---

[242] D. NOTARO, *op. cit.*, p. 173.

[243] A. GARGANI, *Il diritto all'autotutela in un privato domicilio: un'ipotesi speciale di legittima difesa? Le modifiche apportate all'art. 52 c.p. dalla legge 13 febbraio 2006, n.59,* in *AA. VV., La riforma della legittima difesa*, a cura di C. Piemontese, Pisa, 2008, p. 28; D. NOTARO, *La legittima difesa domiciliare*: *una scriminante "sensibile" ad istanze scusanti?,* in *AA. VV*., *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, a cura di G.A. De Francesco, E. Marzaduri, Torino, 2016, p. 163s e 167.

[244] R. MARINO, P. CASTELLETTI, *La nuova legittima difesa. Commento organico alla L. 26 aprile 2019, n.36 (Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa),* Napoli, 2019, p. 20.

[245] *Ibidem.*

[246] In queste la dottrina fa rientrare ogni luogo, come può essere ai fini esemplificativi un camper, una roulotte o una baita, ove un soggetto si reca stabilmente per compiere le attività necessarie corrispondenti a quelle che possono compiersi in un'abitazione come ad esempio dormire; sul punto, V. BRICOLA, *Prospettiva e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 1079.

ad uso domestico, dando più valore alla garanzia dell'intimità della vita privata in generale prescindendo da uno stretto concetto di abitazione intesa come proprietà[247].

Analizzando i termini contenuti nell'art. 614 c.p., per "abitazione" deve intendersi il luogo adibito attualmente, legittimamente e liberamente, ad uso domestico di una o più persone, mentre per "luogo di privata dimora" quello volto, per un determinato tempo e in maniera occasionale, allo svolgimento di ciò che attiene alla vita privata di ogni individuo, ottenendo così uno *ius excludendi alios*[248]. L'articolo accenna anche alle "appartenenze" dei luoghi menzionati, oltre che quelli dipendenti o collegati funzionalmente a essi, che pur non facendo parte integrante dell'abitazione o la privata dimora, si considerano adibiti in maniera permanente a servizio o completamento dell'uno e dell'altro[249]. La giurisprudenza[250] ha sostenuto che gli spazi condominiali debbano essere considerati "appartenenze" dell'abitazione[251].

La nozione di "privata dimora" è stata, fin da subito, giudicata più estesa rispetto a quella di abitazione, poiché essa fa riferimento a qualsiasi luogo che sia funzionale, sia in modo permanente sia temporaneo, all'esercizio della vita privata e intima di ogni individuo in ogni suo ambito, cioè politico, culturale, lavorativo e ricreativo[252].

La giurisprudenza ha adottato, fin da subito, un orientamento prevalentemente estensivo circa la nozione di privata dimora, arrivando a includervi tutti i luoghi al cui interno un soggetto potesse vantare un generico *ius excludendi*, tra cui anche le attività di natura professionale, commerciale e imprenditoriale[253]. Una conferma di ciò è l'aggiunta del terzo comma all'art. 52 c.p., inserito dall'art. 1 della legge 13 febbraio 2006, che espressamente allarga la disciplina ai luoghi in cui sia esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale[254].

---

[247] R. MARINO, P. CASTELLETTI, *op. cit*., p. 21. Gli autori sostengono che il concetto di domicilio in ambito penale è volto alla tutela della riservatezza che identifica il rapporto che sussiste fra il soggetto e la sua privata dimora, dove viene esercitata l'attività domestica di ogni individuo. Essa non necessariamente si identifica nella dimora abituale, ma può essere anche temporaneamente precaria.

[248] *Ibidem.* Tale "diritto di escludere altri" fa riferimento alla possibilità di escludere chiunque non sia autorizzato a entrare o rimanere nei luoghi citati dall'articolo.

[249] *Ibidem.*

[250] Cass. pen., sez. I, Sen. n. 8090 del 20 febbraio 2017, in *CED Cassazione* 2017.

[251] E. SIROTTI GAUDENZI, C. PAOLINI, *La legittima difesa dopo la riforma. Legge 26 aprile 2019, n. 36 (G.U. N. 102 del 3 maggio 2019). Con tabella di raffronto tra vecchia e nuova normativa*, San Giustino (Pg), 2019, p. 30.

[252] *Ibidem.*

[253] *Ibidem.*

[254] *Ibidem*, p. 23ss. Il legislatore non considera il posto di lavoro come luogo di privata dimora, a meno che non possegga le caratteristiche proprie dell'abitazione (es: magazzini, bagni privati, spogliatoi o altre

Anche in quest'ultima ipotesi non è necessario che le attività elencate siano "attuali", cioè poste in essere nel momento preciso in cui avviene l'intrusione, né tantomeno che avvenga all'interno di uno spazio "chiuso". Si ritiene che l'espressione "[…] all'interno di […]", utilizzata dal terzo comma, sia utilizzata in senso lato dal legislatore che vuole semplicemente indicare il limite spaziale entro il quale l'intervento difensivo è considerato lecito, infatti questi luoghi devono ospitare un'attività lavorativa stabile, anche se saltuaria, ma non occasionale[255].

Ci si è chiesti se la fattispecie operi anche quando un aggressore sia solo in procinto di violare i confini della proprietà altrui e mostri di non desistere. Un primo orientamento sostiene che la norma possa applicarsi anche a quest'ultima ipotesi attraverso una lettura in *bonam partem* del dispositivo legislativo[256]. Un secondo orientamento afferma che la scriminante sarebbe comunque applicabile, ma sulla base di un altro motivo, ossia in quanto l'art. 614 c.p. contempla anche l'ipotesi della fattispecie tentata per l'operatività dell'art. 56 c.p.[257].

Tale indirizzo è stato però ampiamente criticato poiché la norma utilizzando la locuzione "[...] all'interno di […]" manifesterebbe un non equivoco riferimento a una violazione di domicilio già consumata, non lasciando spazio all'ipotesi di delitto tentato, per i quali potrebbe configurarsi solo la fattispecie di legittima difesa comune ex art. 52

---

aree riservate). Gli autori fanno riferimento a un caso giurisprudenziale in cui si espresse la Corte di appello di Roma. Il caso si riferiva a una colluttazione fra un gestore di un bar e un cliente. Il secondo, dopo aver ascoltato, da parte del primo, commenti volgari nei confronti della propria donna, erano rientrato nel locale, lanciando il proprio casco contro un espositore di caramelle. Successivamente il cliente aveva raggiunto il titolare del bar dietro il bancone ed era iniziata una tesa colluttazione a mani nude, finita con ferite con un coltello nei confronti del cliente. Il gestore del bar fu condannato per tentato omicidio, poiché non venne riconosciuta la legittima difesa. Il motociclista aveva certamente dimostrato intenzioni aggressive, ma non vi era nessun *ius excludendi alios* in capo al gestore, essendo un luogo totalmente aperto al pubblico. Non poteva dunque considerarsi la violazione del domicilio , così come intesa dall'art. 52 c.p., comma 2.

[255]E. DOLCINI, *Sub art. 52 c.p.*, p.7ss.:«Elemento di rottura rispetto alla logica della tradizionale scriminante prevista dall'art. 52 c.p., è la " presunzione di proporzione" che viene delineata in quattro comma ben distinti; partendo dalla necessità che porta, chi si difende, a ricorrere ad una condotta che tra le possibili condotte difensive sia la meno lesiva nei confronti dell'aggressore. L'introduzione nella nuova legge della "presunzione di proporzionalità" non sembra mai legittimare l'uccisione dell'aggressore o una grave lesione della sua incolumità fisica. Il ricorso alle armi (art.52 c.p., comma 2) sembra essere giustificato solo se vi sia la presenza di un pericolo di offesa direttamente ad un bene personale o nel caso in cui sia aggredito un bene patrimoniale, solo se tale aggressione sia accompagnata dal pericolo di un'offesa all'incolumità dell'aggredito» .

[256] F. VIGANÒ, *Spunti per un progetto "alternativo" di riforma della legittima difesa*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2005, p. 2034 ss.

[257] F. MANTOVANI, *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.,* 2006, p.432 ss.; F. SARNO, M. SARNO, *L' evoluzione della legittima difesa*, Milano, 2008, p. 27 ss.

c.p., primo comma. Dunque si può affermare che la previsione di legittima difesa non potrà operare quando l'intrusione nel domicilio di colui che accampi la facoltà difensiva, si sia mantenuta allo stadio di un tentativo di violazione dello spazio privato da parte dell'estraneo[258].

Secondo parte della dottrina la disciplina della legittima difesa domiciliare presenta una *natura doppiamente propria*[259], in quanto per una configurazione della scriminante è necessario che ricorrano congiuntamente due requisiti: la presenza del soggetto all'interno dei luoghi menzionati dall'art. 614, I comma c.p. e dall'art. 52, III comma c.p., e la legittima detenzione dell'arma impiegata, qualora la si possieda e se ne faccia uso, al fine di respingere l'offesa. La norma, dunque, presuppone un conflitto fra un "estraneo" e un "intraneo" attinto nei luoghi selezionati e presuppone che l'aggredito si trovi legittimamente presente negli spazi domiciliari e che egli faccia uso di un'arma legittimamente detenuta[260]. Con il termine "estraneo" si fa riferimento a quel soggetto che può definirsi un intruso o, più specificatamente, un ingiusto aggressore.

La scriminante in esame potrebbe essere applicata anche a quei casi in cui un soggetto si trovi a dover lavorare come addetto alla sicurezza di locali pubblici o privati che, non potendo certamente invocare l'art. 53 c.p., poiché privo della qualifica pubblicistica la quale si presume però che non avrebbe questo spiccato sconvolgimento emotivo, essendo egli addestrato professionalmente per affrontare tali situazioni [261].

La nuova legittima difesa potrebbe giovare all'occupante che intenda sedare un litigio insorto per futili motivi con un estraneo presente nei luoghi di privata dimora, e ancora all'individuo legittimamente ammesso (al limite anche un estraneo contingente presente) che creda di assistere a un'intrusione indebita altrui con fine aggressivo, quando in realtà la qualifica di "estraneo" o il fine aggressivo sia a mancare[262].

Nel complesso, la previsione mira a selezionare il novero delle situazioni meritevoli di beneficiare di un più favorevole riconoscimento della facoltà difensiva in

---

[258] V. Cass. pen. , sez. V, 2 luglio 2014, n. 35709, in CED Cass., 260316. Conf. C. MOSTARDINI, *Brevi riflessioni su un particolare caso di omicidio ritenuto scriminato dalla "legittima difesa domiciliare putativa incolpevole", Nota a Corte d'Assise di Appello di Brescia, sent. 12 febbraio 2016* (dep. 5 maggio 2016), n. 17118, in *Dir. pen. cont*., 2017, p. 1.

[259] In tali termini, R. GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2008, p. 790 ss.

[260] D. NOTARO, *op. cit.*, p. 175.

[261] M. RONCO, *op. cit.*, p. 650.

[262] Esempi tratti da A. VALLINI*, I nuovi spazi della legittima difesa nel panorama di un diritto penale "mediatico",* in *AA.VV*., *La riforma della legittima difesa*, 2008, p. 15.

considerazione della condizione di debolezza in cui si trovano gli occupanti di quei luoghi[263] . Luoghi dove il soggetto conduce la propria vita privata, tanto se si tratti di dimora in senso stretto, tanto se si tratti di un qualunque spazio dove si svolga un'attività tra quelle menzionate nella norma, considerati altrettanto caratterizzati dalla "privatezza", pur non essendo strettamente spazi abitativi[264].

2.2. Limiti soggettivi della scriminante speciale

La legittima difesa speciale si rivolge nei confronti di una determinata categoria di soggetti, cioè: a) coloro che sono presenti in maniera legittima (possessori, ospiti, proprietari, familiari, domestici, ecc.), configurando così una scriminante c.d. propria (nei confronti di un soggetto presente senza titolo, anche se introdottosi clandestinamente nel domicilio altrui, opera il primo comma dell'art. 52 c.p.); b) coloro che sono legittimamente detentori dell'arma ossia chi ha la licenza per il porto d'armi (la cui durata è annuale, a meno che non sia stabilito diversamente per legge)[265].

Il legislatore con l'introduzione di tale condizione ha rilevato la necessità che un'arma propria sia assistita dalla licenza di porto o che lo strumento improprio di offesa, utilizzato nel frangente della colluttazione, sia motivatamente detenuto dal soggetto agente[266]. Leggendo la norma si comprende come l'arma possa essere utilizzata anche da chi non è proprietario di essa, infatti il legislatore si riferisce alla presenza autorizzata nel luogo di utilizzo, inteso quale dato oggettivo, non rilevando la coincidenza fra fruitore dell'arma e intestatario della stessa[267].

Questo tipo di licenza è rilasciata dalla questura di competenza solo a chi abbia

[263] D. NOTARO, *op. cit.,* p. 174.

[264] Sulla possibilità di considerare "privato" o "domiciliare" il luogo di svolgimento di un'attività lavorativa, ai fini del riconoscimento del delitto previsto dall'art. 614 c.p., sia consentito rinviare a D. NOTARO, *I delitti contro l'inviolabilità e la riservatezza del domicilio*, in *AA. VV*., *Tratatto di diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Parte speciale, IX, *I delitti contro la libertà sessuale, la libertà morale, l'inviolabilità del domicilio e l'inviolabilità dei segreti,* Torino, 2011, p. 406ss. Per l'esclusione dell'automobile dal novero dei luoghi di domicilio, ai fini dell'applicabilità della nuova esimente, v. Cass. pen., sez. IV, 19 marzo, 2013, n. 19375, in *Arch. giur. circ*., 2013, p. 1124.

[265] P. BEVERE, *op. cit.,* p. 36. Annuale per la difesa personale, cinque o sei anni per uso di caccia o per uso sportivo.

[266] D. NOTARO, *op. cit.*, p. 176.

[267] M. RONCO, *op. cit.*, p. 462ss.

compiuto la maggiore età e non abbia precedenti penali[268]. La richiesta del porto d'armi può essere concessa per uso sportivo, per caccia, per collezione d'armi o per difesa personale[269]. Nel caso della richiesta della licenza per difesa personale è necessario che il soggetto dimostri in maniera concreta l'esistenza di questa necessità[270].

Si potrebbe ipotizzare[271] che il possesso autorizzato dello strumento lesivo presupponga una valutazione di astratta idoneità al suo impiego, la quale mette in conto la capacità del soggetto di governare anche le concitate circostanze di aggressione[272], cui meno facilmente resiste chi non è esperto al funzionamento di armi.

Possiamo distinguere due tipi di armi con cui esercitare la difesa personale: quelle improprie, che non sono armi vere e proprie, ma s'identificano in qualsiasi mezzo utilizzato dal soggetto per difendersi (es. la forza fisica, un vaso o un martello) e quelle proprie, ossia riconosciute tali dalla legge e che sono detenute da un soggetto attraverso una particolare autorizzazione dello Stato (es. pistole e fucili)[273].

Nello specifico, si parla di armi legittimamente detenute quando l'aggressione avviene o si tenta di respingere nel proprio domicilio. Infatti, esistono molti strumenti per respingere un'aggressione, anche per la strada, che possono essere utilizzati sempre e non richiedono il porto d'armi e il loro uso è in sostanza libero senza dover sottostare a rigide norme nell'utilizzo per paura di incorrere in una sanzione (es. spray al

---

[268] L'art.11 del R.D. 18 giugno 1931, n. 773 stabilisce che non può essere concessa la licenza: "a) a chi ha riportato condanna alla reclusione per delitti non colposi contro le persone commessi con violenza, ovvero per furto, rapina, estorsione, sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione; b) a chi ha riportato condanna a pena restrittiva della libertà personale per violenza o resistenza all'autorità o per delitti contro la personalità dello Stato o contro l'ordine pubblico; c) a chi ha riportato condanna per diserzione in tempo di guerra, anche se amnistiato, o per porto abusivo di armi".

[269] P. BEVERE, *op. cit.*, p. 36.

[270] L'art. 20 della legge n. 110/1975 stabilisce che:«La custodia delle armi deve essere assicurata con ogni diligenza nell'interesse della sicurezza pubblica. Chi esercita professionalmente attività in materia di armi o di esplosivi o è autorizzato alla raccolta o alla collezione di armi deve adottare e mantenere efficienti difese antifurto secondo le modalità prescritte dalla autorità pubblica e sicurezza»; l'art. 20-*bis* della legge n. 110/1975 dice:«Chiunque trascura di adoperare, nella custodia delle armi, munizioni ed esplosivi di cui al comma 1 le cautele necessarie per impedire che alcuna delle persone indicate nel medesimo comma 1 (minori degli anni diciotto, coloro che non siano in possesso della licenza dell'autorità, ovvero a persone anche parzialmente incapaci, a tossicodipendenti o a persone imperite nel maneggio) giunga ad impossessarsene agevolmente, è punito con l'arresto fino ad un anno o con l'ammenda fino a lire due milioni».

[271] D. NOTARO, *op. cit.*, p. 164.

[272] F. MANTOVANI, *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale,* in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2006, p. 437.

[273] Il testo unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza del 1931 all'art. 30 distingue le armi proprie " cioè quelle da sparo e tutte le altre la cui destinazione naturale è l'offesa alla persona" dalle improprie definite "strumenti da punta o da taglio, che, pur potendo occasionalmente servire all'offesa, hanno una specifica e diversa destinazione, come gli strumenti da lavoro, e quelli destinati ad uso domestico, agricolo, scientifico, sportivo, industriale e simili".

peperoncino).

Dunque il secondo comma dell'art. 52 c.p. trova la sua applicazione soltanto quando l'arma è legittimamente detenuta, mentre il diverso mezzo "idoneo" potrebbe anche non esserlo; infatti se un soggetto viene preso di sorpresa durante il sonno e nell'impeto fa uso di un'arma clandestina contro il ladro, non potrà invocare la suddetta disciplina ma la sua condotta dovrà essere valutata in base alla legittima difesa tradizionale[274].

2.3. Le peculiarità della nuova situazione offensiva e i suoi limiti oggettivi

La fattispecie fa riferimento a quelle ipotesi in cui si è consumata la violazione di domicilio ai sensi dell'art. 614 c.p., che ancora non si è conclusa. Si può affermare, dunque, che c'è già in corso un'offesa, che si sta tuttora protraendo, e che in tal modo fonda il pericolo del suo ulteriore verificarsi: un intruso è presente in casa e non se ne va[275]. In tale ipotesi appare evidente che l'intruso, avendo già commesso un reato di particolare gravità come la violazione del domicilio, sarà ben disposto a continuare la sua attività criminosa e in tali circostanze è innegabile che la richiesta d'aiuto alle forze dell'ordine sia difficilmente praticabile con successo. Altrettanto chiaro è che i gesti dell'intruso, anche se non costituiscono un tentativo penalmente rilevante, possono comunque rendere necessaria una reazione difensiva che, se il tentativo è già iniziato, potrebbe non essere più possibile o non più efficace.

---

[274] T. PADOVANI, *Diritto penale*, p. 213. Viceversa se il proprietario avesse usato un badile legittimamente detenuto, fracassando la testa dell'aggressore, anche se il mezzo fosse stato rubato, la scriminante di riferimento rimarrebbe l'art. 52 c.p., comma 2. L'autore, in merito alla nuova scriminante, afferma che:«…debba essere riservata ai soli cittadini che, munendosi di un'arma, attestano, con la scrupolosa osservanza delle norme, l'affidabilità delle proprie intenzioni».

[275] Va detto che certamente questa intrusione poteva venire legittimamente respinta ex art. 52 c.p., comma 1, e che anche mentre essa perdura, tale norma può essere invocata senza particolari difficoltà. Si pensi al caso in cui taluno, entrato clandestinamente in casa altrui e da questo scoperto, nonostante le esplicite diffide non accenni a lasciare la casa assumendo una condotta di resistenza meramente passiva (ad es. sdraiandosi al suolo e non accennando a muoversi): non sussiste qui alcun pericolo per le persone né per i beni patrimoniali, ma solo una perdurante offesa alla libertà ed inviolabilità del domicilio, sicché non si potrà invocare la nuova norma di cui all'art. 52 c.p., comma 2. Come sappiamo però, nel caso di offese perduranti, ogni momento in cui l'offesa si realizza fonda il pericolo del suo verificarsi nel momento successivo, sicché certo in un caso quale quello in parola si dovrà riconoscere la sussistenza di un attuale pericolo di ulteriore offesa ingiusta al domicilio, legittimamente respingibile entro il limite di una equilibrata reazione: potrà allora il padrone di casa ad es. trascinare fuori l'intruso ma non potrà "attaccarlo" e cagionargli lesioni di alcun tipo.

Leggendo accuratamente la disposizione normativa, è chiaro che la reazione della vittima incontri dei limiti oggettivi[276], infatti essa deve essere esercitata soltanto in determinati casi. Alla lettera a), di cui all'art. 52 c.p., comma 2, il legislatore, utilizzando il termine "propria o altrui incolumità", ha voluto riferirsi a quelle ipotesi in cui il pericolo minacci la vita, l'integrità fisica e la libertà individuale dei soggetti che si trovino all'interno del domicilio[277]. Sembra ragionevole ritenere che tale incolumità si riferisca ad ogni aggressione concernente beni della persona inerenti al suo corpo fisico, come appunto, la libertà[278].

Proseguendo la lettura della norma, alla lettera b) il legislatore afferma che la reazione deve essere attuata per difendere i beni propri o altrui, facendo un chiaro e palese riferimento all'ipotesi in cui l'estraneo aggressore stia per commettere un'offesa al patrimonio e non vi sia desistenza, ma vi sia pericolo di aggressione[279].

Sembrerebbe quasi che l'intenzione del legislatore fosse quella di dare la priorità alla salvaguardia dei beni patrimoniali piuttosto che al diritto alla vita e all'integrità fisica di chi aggredisce, come una sorta di licenza di ferire o provocare la morte di colui che si limita ad aggredire i beni patrimoniali altrui[280]. Tale concetto potrebbe apparire contrario sia alla nostra Costituzione sia all'art. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo[281]. La legittima difesa domiciliare, in realtà, rimane ancorata al pericolo di aggressione e alla mancata desistenza dell'intruso.

La mancata desistenza non si riferisce solo all'ipotesi in cui l'intruso non si dia alla fuga, ma introduce un onere a carico del padrone di casa, poiché egli prima di utilizzare l'arma, dovrà intimare al ladro di cessare la propria condotta criminosa ossia l'attacco al

---

[276] P. BEVERE, *op. cit*., p. 35.

[277] R. MARINO, P. CASTELLETTI, *op. cit*., p. 24. L'incolumità individuale comprende il bene della vita e gli altri beni della persona riferiti all'integrità fisica, non includendo gli altri beni personali, quali la libertà (personale, sessuale e morale) ovvero l'onore ecc. Sul punto, vedasi: P. BEVERE, *op. cit.*, p. 37.

[278] T. PADOVANI, op. cit., p. 212.

[279] A. GARGANI, *Il diritto di autotutela in un privato domicilio* (l. 13 febbraio 2006, n.59), in *Studium iuris*, 2006, p. 970-971, e T. PADOVANI, *Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze,* in *Guida dir.,* 13/2006, p. 54, evidenziano come questa sia, ancora una volta, l'unica interpretazione sensata possibile.

[280] P. BEVERE, *op. cit*., p. 37.

[281] L'art. 2 stabilisce che: « Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione della sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena. 2. La morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario: (a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale; (b) per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta; (c) per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione».

patrimonio e solo dopo l'infruttuosa intimazione, il difensore potrà utilizzare l'arma, facendo un chiaro riferimento alla manifestazione di un avvertimento dissuasivo deliberatamente ignorato dall'aggressore[282].

La fattispecie, così come prevista dal codice penale, aumentava notevolmente la probabilità del prosieguo della condotta criminosa da parte dell'intruso e di conseguenza anche l'aumento della possibilità del verificarsi di ulteriori danni. Indirettamente proporzionale, erano le possibilità del padrone di casa di richiedere un intervento efficace da parte delle forze dell'ordine.

Ultimo requisito richiesto dall'art. 52 c.p., si riferisce alla presenza di un pericolo di aggressione dei proprio beni o di quelli altrui, tale da ipotizzare un'evoluzione violenta non ancora attualizzata contro l'incolumità fisica[283]. Ad esempio, se un individuo scopre dei ladri armati in casa mentre stanno cercando di forzare la cassaforte e che non desistono dopo l'intimazione, si potrebbe ravvisare il pericolo di aggressione, tenuto conto di tutte le peculiarità della faccenda, della quantità e qualità soggettive degli aggressori (prestanza fisica o l'indole palesata dalla condotta) e dal fatto che siano armati. In questa ipotesi la legge vuole tutelare il padrone di casa e scriminare la sua condotta nel caso in cui egli reagisca contro i ladri impiegando l'arma, senza aspettare di venire attaccato[284]. Per agire, è necessario un pericolo attuale e oggettivo per l'incolumità o il patrimonio, senza il quale la reazione della vittima sarebbe illecita poiché potrebbe sembrare un attacco o una vendetta, a seconda che essa preceda o segua

---

[282] F. MANTOVANI, *op. cit*., p. 438. Sul punto vedi anche, T. PADOVANI*, op. cit*., p. 212. L'autore fa l'esempio del ladro sorpreso in casa mentre insacca l'argenteria. Il proprietario deve informare l'estraneo che è stato scoperto, anche attraverso minacce, spari intimidatori e grida. Ovviamente se l'aggressione è già diretta all'incolumità, la reazione può anche essere immediata, perché non vi è nessun onere in capo alla vittima di provocare la desistenza del malvivente.

[283] P. BEVERE, *op. cit.*, p. 38ss. L'autrice rileva come il pericolo di aggressione sia necessariamente verso l'incolumità poiché la minaccia al solo patrimonio non sarebbe giustificata secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata.

[284]M. RONCO, *op. cit*., p. 651, spiega che: «Il pericolo rilevante è quello che risulta dalla situazione di conflitto emergente dal relazionarsi dell'offensore con la vittima secondo la descrizione volutamente dinamica contemplata dalla norma». Il paradigma offensivo del *fur nocturnus*, fin dall'antica Roma, ha rappresentato una tipica ipotesi nella quale il Legislatore ravvisava, in via generale e astratta, una maggiore pericolosità dell'aggressione dovuta alle sue circostanze spaziali e temporali (intrusione notturna nella casa, presenza di familiari "indifesi"che il capo famiglia sente l'esigenza di proteggere), secondo quanto bene spiega A. SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa. Un'analisi comparata*, Padova, 2003, p. 14 ss. Che con la riforma questa figura sia riemersa dalle pieghe dell'art. 52 c.p. è dato evidente, oltre che pacifico.

l'offesa. La scriminante non troverebbe dunque applicazione nelle ipotesi in cui la vittima faccia fuoco sul ladro in fuga o chi reagisca contro un semplice intruso[285].

2.4. La reazione difensiva

Secondo la nuova disciplina della legittima difesa domiciliare, la condotta della vittima deve essere necessariamente finalizzata alla difesa di uno dei pericoli di cui alle lett. a) e b). A ragion di ciò, occorre la presenza di un'effettiva corrispondenza della reazione allo scopo di respingere l'attacco. A differenza di quanto voluto inizialmente dalla norma, la fattispecie sembra aggiungere un requisito soggettivo alla struttura della scriminante e sarà compito del giudice, caso per caso, compiere un accertamento[286]. Il legislatore del 2006 si era preoccupato maggiormente di porre l'attenzione sui mezzi difensivi utilizzati, piuttosto che focalizzarsi sull'esito del loro uso.

Quando si parla di reazione difensiva, ci si riferisce a quella particolare condotta del padrone di casa che egli percepisce come unico strumento utile per evitare l'ingiusto danno. Si può notare come tale dinamica la riscontriamo anche nella legittima difesa tradizionale. Sarà scriminato, dunque, non ogni utilizzo dell'arma, ma soltanto quello ritenuto assolutamente necessario a contrastare un'offesa. Non si può sparare al fine di uccidere, se per fermare l'aggressore bastava semplicemente intimorirlo attraverso la minaccia dell'uso dell'arma. Analogamente a quello che succede in Germania,

---

[285] Che la nuova legittima difesa presupponga comunque un pericolo attuale per la vittima, è stato espressamente confermato anche in una delle prime pronunce di legittimità successive all'entrata in vigore della riforma: Cass., sez. IV, 29 settembre 2006, 32282, in *G. a. D.*, 2006, VL, 52. Qui l'imputato aveva fatto fuoco al gruppo di ladri che, inizialmente introdottosi in casa sua, era poi fuggito in strada e si stava ormai allontanando nell'oscurità. Cass., sez. I, 21 febbraio 2007, Sampino, in *ius17@unibo.it*, 2008, I, p. 209ss., a piena conferma di quanto illustrato nel testo, cosi insegna:«La causa di giustificazione prevista dall'art. 52, comma secondo, c.p. […] presuppone un attacco, nell'ambiente domestico, alla propria o altrui incolumità, o quanto meno un pericolo di aggressione. Nella fattispecie è stata esclusa la legittima difesa in relazione all'omicidio di una persona che si era introdotta con inganno nel condominio dell'imputata per ottenere il pagamento di un debito»; conforme anche Cass. pen., sez. V, 28 giugno 2006, 25339, in *CED Cass. pen.*, 234382

[286] N. PISANI, *La legittima difesa*, in M. RONCO (diretto da), *Commentario sistematico al codice penale, Il reato*, tomo II, Bologna, 2011, p. 656; F. VIGANÓ, *op. cit.*, p. 606; l'interpretazione di tale inciso in senso oggettivo è preclusa dal fatto che già la legge predetermina l'esistenza di un pericolo oggettivo, cui si rende necessario reagire, descrivendo i presupposti operativi della nuova scriminante, ovvero la già avvenuta violazione di domicilio e i pericoli di cui alle lett. a) e b). Prima della riforma molto si era discusso se la scriminante contemplasse la presenza di un elemento soggettivo, lì dove parlava della "costrizione ad agire" (si veda ad es. M. ANGELINI, *L'elemento soggettivo nella scriminante della legittima difesa*, in *Ind. Pen.*, 2001, p.191 ss.). Quanto alla difesa allargata il problema è stato risolto dal Legislatore.

l'aggredito, avendo più armi a disposizione, tutte ugualmente efficaci per respingere l'offesa, dovrà preferire quella meno lesiva per l'aggressore. Ad esempio, nella scelta fra una mazza e una pistola, sarà necessario valutare le circostanze in concreto e se per neutralizzare il pericolo è sufficiente la mazza, l'aggredito non potrà utilizzare la pistola, se no sarebbe fuori dal regime applicativo della scriminante poiché l'esigenza difensiva deve essere considerata come la finalità della condotta dell'agente[287]. E si tratta di una reazione tante volte condizionata da una vera e propria *perturbatio animi,* cioè una situazione che non consente una valutazione razionale di ciò che sta accadendo e delle contromisure da adottare "nel contesto di una violazione in atto" il pericolo di aggressione viene avvertito "con maggiore coinvolgimento emotivo ed intensità compulsiva"[288] da parte di chi lo subisce [289]. La condizione di "*perturbatio animi*", è sempre stata considerata una "zona grigia", tra il «fondato timore per la sicurezza personale», (codice Zanardelli), ed il «pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa», (codice Rocco)[290].

Ciò può portare a pensare di considerare la legittima difesa non tanto in chiave giuridica ma quasi psicologica, permettendo al fattore emotivo personale dell'aggredito di passare notevolmente in primo piano. Tale timore e pericolo per la propria incolumità renderebbe il soggetto agente incapace di agire con raziocinio e consapevolezza del proprio agire, ma facendo prevalere l'istinto e il senso di autoconservazione senza fare una valutazione accurata delle misure più consone da adottare per rimanere nel comportamento considerato normativamente lecito.

Si tende dunque a riconoscere un maggior rilievo all'aspetto emotivo della situazione e allo stato d'animo del soggetto aggredito che reagisce con una reazione caratterizzata non sempre da una chiara proporzione rispetto all'aggressione ingiustamente subita, infatti una parte della dottrina[291] sostiene che la fattispecie sia "soggettivizzata" e con ciò lo si desume dall'insinuazione delle finalità difensive come elementi costitutivi

---

[287] D. NOTARO, *op. cit.*, p. 185.

[288] F. SIRACUSANO, *op. cit*., p. 387 (che richiama F. PALAZZO, *Corso di diritto penale,* IV ed., Torino, 2011, p. 415).

[289] D. NOTARO, *op. cit.*, p. 184.

[290] F. COLAO*, Paura e legittima difesa. Questioni di «moderame» tra Otto e Novecento, in Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2019, p. 131.

[291]P. SEMERARO, *Riflessioni sulla riforma della legittima difesa e sull'autotutela in un privato domicilio,* in *Cass. pen.,* 2006, p. 843.

dell'esimente[292], considerando l'esigenza di difendersi come prima finalità del soggetto agente dunque andando a sovvertire l'oggettiva portata della fattispecie che dovrebbe infatti consistere nel fronteggiare a una reale esigenza di proteggere i propri beni personali davanti a un pericolo attuale.

Appare allora prospettabile l'eventualità di intendere la fisionomia dell'esimente come "sbilanciata" sul versante soggettivo[293], non solo per quanto riguarda il requisito di proporzionalità, ma anche per quello di necessità e costrizione.

Nella realtà fattuale e nella dinamica delle odierne circostanze, si nota come, ad esempio, il requisito della necessità dell'azione venga a essere totalmente considerato in base alle condizioni personali dell'agente. Ciò fa pensare alla possibilità che nel nostro sistema alberghino scriminanti dalla consistenza (almeno parzialmente) soggettiva, arrivando anche a considerare l'ipotesi e l'eventualità di una "mutazione genetica" della scriminante e a provare a considerarla addirittura come una causa di esclusione della colpevolezza[294].

Ammettendo dunque la possibilità di considerare la legittima difesa come scriminante connotata da elementi soprattutto di carattere psichico - emotivo del soggetto agente aggredito, risulterebbe necessario dover spiegare con che intensità tali condizioni emotive devono sussistere per poter applicarsi la scriminante.

Molto più agevole sarebbe considerare la fattispecie attraverso una struttura "mista"[295], cioè considerando tanto i fattori psicologici del soggetto agente tanto i fattori obiettivi della scriminante. Esaminando la volontà del legislatore del 2006 di tollerare le reazioni, chi si è costretti a compiere all'interno del domicilio, occorre considerare se tale esonero dalla pena risieda in una presa di posizione sul valore privilegiato della situazione in cui si trova l'aggredito o in una stima generale di inesigibilità personale emergente nella situazione in cui si dia il peculiare presupposto aggressivo delineato. Nella legittima difesa dunque ricorrerebbero una serie di elementi, alcuni connotati materialmente, altri psicologicamente, che ancora non ci dicono senz'altro della natura oggettiva o soggettiva della legittima difesa, ma sicuramente devono condurci ad una visione più articolata della sua consistenza.

---

[292] F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 207.
[293] D. NOTARO, *op. cit.*, p. 187.
[294] *Ibidem*, p. 191.
[295] *Ibidem*, p. 196

Al contrario, un'interpretazione prettamente oggettiva dei requisiti di condizione e necessità della condotta finirebbe per non assicurare il risultato di mantenere sul terreno dell'antigiuridicità l'estensione applicativa della scriminante[296]. Viceversa l'apertura alla considerazione della condizione psicologica in cui il soggetto è chiamato a difendersi, potrebbe ridare alla figura in esame maggior coerenza politico-criminale e capacità selettiva delle ipotesi a essa effettivamente riconducibili[297].

Per far maggior chiarezza, è necessario spiegare le differenze tra le tre categorie dogmatiche di esclusione della punibilità[298]. Nella pratica queste differenze non sono di così facile intuizione e applicazione. Nella realtà applicativa si cerca di modellare ogni fattispecie in base al caso concreto, perdendo così di vista l'assetto originario voluto dal legislatore e allontanandosi, in questo modo, da una considerazione prettamente oggettiva e rigorosa stabilita da sempre dal codice.

Tenuto conto delle finalità politico-criminali, perseguite dal legislatore del 2006, delle ragioni di congruenza sistematica dell'art. 52 c.p. risultante dalla novella e delle osservazioni effettuate in tema di praticabilità in concreto della fattispecie, sembra plausibile qualificare la legittima difesa domiciliare come "scusante" basata su di un principio di "inesigibilità" di valenza "normativo - sociale", aventi riflessi oggettivi[299]. Cercare di dare rilievo soggettivo alla legittima difesa è considerata forse più

---

[296] A. GARGANI, *op. cit.*, p. 25. L'autore afferma: «Sostanzialmente elusivi del *dictum* legislativo, appaiono, altresì, i tentativi dottrinali di recuperare "indirettamente" il nesso di proporzione, considerando "relativa" la presunzione legislativa e attribuendo al giudice la facoltà di non applicare la causa di giustificazione, nell'eventualità che nel caso di specie non sia ravvisato un rapporto di proporzione tra gli interessa sottesi alla vicenda conflittuale».

[297] D. NOTARO*, op. cit.*, p. 190.

[298] G. FIANDANCA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 65. Le prime sono le cause di giustificazione in senso stretto, o scriminanti, escludono l'antigiuridicità del fatto e la colpevolezza come contrasto tra il fatto e l'ordinamento giuridico, rendendo inapplicabile qualsiasi tipo di sanzione. Vengono applicate a tutti coloro che hanno preso parte alla realizzazione del fatto, pur anche non conosciute dal soggetto agente. La seconda categoria riguarda le cause di esclusione della colpevolezza (o scusanti), che lasciano, integra l'antigiuridicità o la illiceità oggettiva del fatto e fanno venir meno solo la possibilità di muovere un rimprovero al soggetto agente. Operano solo se conosciute da chi agisce e dunque non sono estensibili ad eventuali concorrenti. Si fondano sull'inesigibilità di un determinato comportamento in presenza di talune situazioni capaci di condizionare l'agente ed impedirgli di conformare la propria condotta alla regola di diligenza da osservare in concreto. L'attenzione dell'ordinamento è rivolta all'elemento soggettivo. Infatti, esse trovano applicazione nelle ipotesi in cui un individuo commetta un reato in quanto costretto da pressioni psicologiche che gli coartano la volontà. L'ultima categoria riguarda le cause di esenzione della pena in senso stretto (o cause di non punibilità), che consistono in circostanze che lasciano sussistere sia l'antigiuridicità sia la colpevolezza. La ragione dell'esistenza di tali cause va ricercata nelle ragioni di opportunità circa la necessità o la meritevolezza della pena, avuto anche riguardo all'esigenza di salvaguardare contro-interessi che risulterebbero altrimenti lesi da un'applicazione della pena nel caso concreto (es. al complice del figlio che ruba al padre).

[299] D. NOTARO, *op. cit.*, p. 253.

un'esigenza del sistema piuttosto che l'unica strada da percorrere. In virtù di ciò gli studi e i dubbi sulla reale portata di tale scriminante e soprattutto i casi di cronaca successi, hanno portato il legislatore a modificare ulteriormente la disciplina della legittima difesa, ricorrendo ad un'ennesima riforma nel 2019.

2.5. La presunzione di proporzione

Per effetto di tale *novum* legislativo apportato dalla legge del 2006, è stata introdotta una presunzione della proporzionalità tra difesa e offesa nei casi in cui la legittima difesa sia esercitata nelle condizioni previste dai nuovi commi dell'art. 52 c.p.[300].

La presunzione posta in essere dal legislatore opera una sostanziale equivalenza dei beni aggrediti e dei beni attingibili dalla reazione difensiva, poiché entrambi fanno parte della sfera persona di ogni individuo ed è giusto ricordare che l'aggressione, tanto mediata quanto immediata, si concretizza con l'offesa di un altro importante bene giuridico, quale il domicilio[301].

Nonostante il richiamo ai mezzi difensivi, non è sbagliato ancorare il rapporto di proporzione quantomeno a beni oggetto di attacco e di difesa, poiché il solo fatto di trovarsi all'interno di uno spazio privato non può consentire di affermare una totale primazia delle ragioni difensive su un qualunque bene dell'aggredito[302].

Si può notare come non sia più rimesso ad apprezzamento discrezionale del giudice il giudizio sulla proporzionalità della difesa all'offesa, essendo esso sussistente per legge, sia tanto nelle ipotesi di legittima difesa obiettivamente sussistente sia nel caso in cui essa sia putativa incolpevole[303]. Ciò fermo restando che "il requisito della proporzione tra offesa e difesa viene meno nel caso di conflitto fra beni eterogenei allorché la

---

[300] A. DI TULLIO D'ELISIIS, *op. cit*., p. 42.

[301] Quanto detto ora è riconosciuto anche da G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 889, i quali ciò nonostante esprimono riserve in merito all'opportunità di questa novella, giudicata poco ragionevole: furti o rapine commessi in casa non sono infatti, necessariamente, più pericolosi di quelli che avvengono in altri luoghi. Vero è che scopo della riforma era proprio quello di rafforzare la tutela individuale del domicilio e nel domicilio, secondo una valutazione di politica legislativa di competenza del Legislatore. Su questa base vanno allora ridimensionate le critiche e le perplessità formulate ad es. da E. DOLCINI, *op. cit*., p.432, nonché da P. PISA, *La legittima difesa tra Far West ed Europa*, in *D.P.P.*, 2004, p. 797.

[302] D. NOTARO, *op. cit.*, p. 179.

[303] Cass. pen., sez. IV, 14 novembre 2013, n. 691. Per un commento di tale sentenza, vedasi: F. RADESCO, *Limiti all'uso di un'arma a propria o altrui difesa: no a reazioni indiscriminate*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 0, 2014, p. 134.

consistenza dell'interesse leso (la vita della persona) sia molto più rilevante, sul piano della gerarchia dei valori costituzionali, di quello difeso (l'integrità fisica) ed il danno inflitto con l'azione difensiva (la morte dell'offensore) abbia un'intensità e un'incidenza di gran lunga superiore a quella del danno minacciato (lesioni personali, neppure gravi al momento dell'azione omicida)"[304] e "non può ritenersi operativa la presunzione di proporzione tra la reazione violenta del soggetto titolare dello *ius excludendi* e la condotta di chi abbia violato il domicilio del predetto, quando l'ingresso nella sfera abitativa altrui sia necessitato o comunque appaia giustificabile"[305] fermo restando che "la presenza dell'estraneo non può certo costituire mero pretesto per l'aggressione alla sua integrità fisica"[306]. Si ritiene che l'art. 52 c.p. non consenta "un'indiscriminata reazione nei confronti del soggetto che s'introduca fraudolentemente nella propria dimora, ma presuppone un attacco, nell'ambiente domestico, alla propria o altrui incolumità, o quanto meno un «pericolo di aggressione»[307] che deve essere attuale per l'incolumità fisica dell'aggredito o di altri"[308].

Bisogna chiarire dunque la portata della presunzione: c'è chi sostiene che essa sia una presunzione assoluta insuscettibile di prova contraria caratterizzata dalla possibilità da parte del privato di utilizzare l'arma in modo illimitato e a prescindere dalle reali esigenze difensive, escludendo totalmente qualsiasi bilanciamento e nesso di costrizione tra difesa e offesa[309]. Ma tale interpretazione va totalmente esclusa: essa renderebbe la *ratio* della norma totalmente in contrasto con la nostra Costituzione (con il principio di uguaglianza ex art. 3, con il diritto alla vita e l'integrità fisica e con gli altri valori costituzionalmente garantiti)[310] e l'art. 2 CEDU, che ammette l'offesa alla vita individuale solo se considerato strettamente necessario per tutelare un'altra persona da una violenza illegale. Si finirebbe dunque per trasformare la legittima difesa in una specie di sanzione privata al posto di essere uno strumento di autoconservazione e ripristino della legalità violata che invece la caratterizzano.

---

[304] *Ibidem.*
[305] Cass. pen., sez. V, 2 luglio 2014, n. 35709.
[306] *Ibidem*.
[307] Cass. pen., sez. I, 21 febbraio 2007, n. 12466.
[308] Cass. pen., sez. IV, 14 novembre 2013, n. 691.
[309] Così ad es. E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 432, che infatti vi ravvisa una vera e propria licenza di uccidere; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 888; P. PISA, *op. cit.*, p. 797.
[310] P. BEVERE, *op. cit*., p. 39.

Di opinione contraria è chi sostiene che la presunzione abbia natura relativa e vada bilanciata con la necessità di difendersi e in virtù di ciò sarebbe necessaria solo la reazione difensiva non sostituibile con un'altra meno lesiva[311]. "Necessità" e "costrizione" della difesa, come ripetuto sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza[312], nella fattispecie domiciliare verrebbero addirittura ad operare con maggior incisività. Dalla "costrizione" in cui deve versare l'aggredito, si potrebbe ricavare che costui sia tenuto a favorire una situazione "astensiva" ogni volta questa non lo esponga a un pregiudizio oggettivamente superiore a quello da lui cagionabile all'aggressore, mentre dalla "necessità" della condotta difensiva discenderebbe la pretesa a che l'agente scelga una modalità di reazione di portata oggettivamente minore fra quelle assolutamente disponibili con l'esclusione di quelle implicanti sacrifici intollerabili[313]. Quest'ultimo

---

[311] *Ibidem*.

[312] Cass. pen., sez. I, 8 marzo 2007, n. 16677, in *Cass. pen,* 2008, p. 1049, secondo cui «neppure il *novum* legislativo legittima sempre una reazione implicante l'uso indiscriminato e senza limiti delle armi, finalizzato a ledere la incolumità dell'aggressore, bensì impone ugualmente una comparazione degli interessi», dal momento che la norma richiede l'insorgere di un pericolo attuale di aggressione e il ricorrere della necessità difensiva. Viene poi aggiunto dalla Cass. pen., sez. V, 30 marzo 2017, n. 44011, che «restano fermi i requisiti strutturali stabiliti dalla disposizione generale: il pericolo attuale di offesa ingiusta e la costrizione e la necessità della difesa, dai quali scaturisce l'inevitabilità dell'uso delle armi come mezzo di difesa della propria o altrui incolumità o, alle condizioni date, dei beni propri o altrui» e continua dicendo che la fattispecie «non consente un'indiscriminata reazione nei confronti del soggetto ch si introduca fraudolentemente nella propria dimora, ma presuppone un attacco, nell'ambiente domestico, alla propria o altrui incolumità o quanto meno un pericolo di aggressione».

[313] Cass. pen., sez. I, 10 dicembre 2008, n. 4890, in *CED Cass*., 243369, che ha rilevato che «anche dopo la modifica apportata dalla l. n. 59 del 2006 all'art. 52 c.p., modifica per vero non attingente ai profili della attualità e necessità della reazione ma solo diversamente regolante quella della proporzionalità, […] non sussiste la necessità della reazione armata le volte in cui l'aggredito possa senza alcuna difficoltà rifugiarsi nella propria abitazione (dalla quale invocare soccorso) o comunque allontanarsi dal luogo della aggressione armata […], di contro ricadendo al di fuori della esenzione della legittima difesa quel comportamento di chi alla aggressione reagisca volontariamente e liberamente in una logica di sfida armata». Ne ha fatto applicazione, Cass. pen., sez. V, 14 maggio 2008, n. 25653, in *Cass.pen*., 2009, p. 2451, a proposito di una litigiosa intrusione domiciliare : ferma la circostanza che «con riferimento alle azioni illecite poste in essere in luoghi di privata dimora ed in quelli equiparati, il legislatore ha inteso definire in base a un criterio presuntivo il concetto di proporzione tra difesa e offesa», la Corte ribadisce la sindacabilità del presupposto di inevitabilità della reazione, alla stregua del quale l'elaborazione maturata in tema di *commudus discessus* non ha perso rilevanza. «Ne consegue che l'allontanamento (dell'imputato), se non fa correre alcun pericolo anche a terzi, deve essere la soluzione obbligata, in quanto la reazione è pur sempre un atto violento al quale si deve ricorrere come *extrema* e inevitabile *ratio* per salvare un proprio bene, e non per tutelare l'onore». Per capire al meglio il concetto pensato dalla legge in termini di proporzione è utile fare un altro esempio: un'anziana signora vive da sola al piano terra di un'abitazione e sente dei rumori provenire dalla camera da letto, dunque decide di prendere la pistola (legittimamente detenuta) e avvicinarsi alla porta semi chiusa. Ad un certo punto decide di aprirla e nota il ladro che si sta dirigendo verso l'esterno scavalcando la finestra e con in mano tutti i gioielli appartenenti,di generazione in generazione, al patrimonio di famiglia. La signora intima al ladro di fermarsi ma egli la ignora e scappa con la refurtiva. Ci si chiede dunque se la signora avrebbe potuto usare l'arma per difendersi e la risposta sarebbe stata sicuramente affermativa, ma solo se il ladro avesse tentato di aggredire o di mettere in pericolo l'incolumità della derubata. Solo così quest'ultima avrebbe potuto usare l'arma per difendere sé in primis e i suoi beni, come effetto indiretto e consequenziale.

orientamento sarebbe più in armonia con i valori costituzionali, partendo dal fatto che una presunzione assoluta tra beni di grado diverso (es. lesione della vita dell'aggressore a fronte della minaccia del patrimonio) appare in contrasto con il principio costituzionale di ragionevolezza ex. art. 3 Cost[314].

Nella sentenza DeGiovanni del 1994 la Corte di Cassazione ha dichiarato:«Per poter ritenere legittima la reazione di fronte alla imminenza del pericolo, è indispensabile che sussista la necessità di difendersi, che si ha quando il soggetto si trova nell'alternativa tra reagire e subire, nel senso che non può sottrarsi al pericolo senza offendere l'aggressore»[315].

Pur essendo stata introdotta questa presunzione di proporzionalità, restano comunque fermi gli altri presupposti richiesti per l'esercizio della scriminante ossia l'attualità dell' offesa e della inevitabilità dell'uso delle armi come mezzo di difesa della propria e altrui incolumità[316] ossia "il pericolo attuale di un'offesa ingiusta e la costrizione e la necessità della difesa, dai quali scaturisce l'inevitabilità dell'uso delle armi come mezzo di difesa della propria o dell'altrui incolumità o, alle condizioni date, dei beni propri o altrui (sez. I, n. 16677 del 8 marzo 2007- dep. 2 maggio 2007, *omissis*, Rv. 23650201)"[317]. Dunque per invocare la legittima difesa deve essere presente un'aggressione o il pericolo di essa in atto e qualora l'aggressione avvenga in un luogo di privata dimora da parte di un soggetto che si sia introdotto o trattenuto contro l'espressa volontà di chi detiene uno *ius excludendi,* è lecito l'uso dell'arma legittimamente detenuta, per difendere determinati beni[318].

La continuità tra la vecchia disciplina e quella successiva alle modifiche del 2006 rimarca l'esigenza di conservare l'ormai consolidato ordine nell'accertamento dei presupposti della causa di giustificazione e ciò è ampiamente provato nella decisione che fu emessa nel periodo di transizione tra vecchio e nuovo concetto di

---

[314] R. GAROFOLI, *op. cit*., p. 219.
[315] Cass. pen., sez. I, 21 aprile 1994, *DeGiovanni* in *Cass.Pen*., 1995, p. 1834.
[316] Cass. pen., sez. I, 25 febbraio 2014, n. 28802. In senso conforme: Cass. pen., sez. I, 27 maggio 2010, n. 23221 ("In tema di legittima difesa, le modifiche apportate dalle l. 13 febbraio 2006 n. 59 all'art. 52 c.p. hanno riguardato solo il concetto di proporzionalità, al dichiarato scopo di rafforzare il diritto di autotutela in un privato domicilio o in un luogo ad esso equiparato, fermi restando i presupposti dell'attualità dell'offesa e della inevitabilità dell'uso dell'arma come mezzo di difesa della propria o del'altrui incolumità").
[317] Cass. pen., sez. V, 30 marzo 2017, n. 44011.
[318] Cass. pen., sez. I, 8 marzo 2007, n. 16677.

proporzionalità[319].

Il tema della proporzionalità è sempre stato il più controverso e dibattuto sia nell'interpretazione dottrinale sia in quella giurisprudenziale, anche se la tesi prevalente è sempre stata quella che valuta la proporzione non fra i mezzi che l'aggredito ha a disposizione e quelli che effettivamente utilizza, ma in base al bene minacciato dall'aggressore e il bene leso, cioè i beni tra di loro in conflitto, non ritenendo lecita la lesione di un bene dell'aggressore decisamente superiore al bene messo in pericolo dall'aggressione illecita[320].

3. Casi giurisprudenziali

La Suprema Corte di Cassazione ha affrontato l'istituto della legittima difesa sotto vari aspetti e ha avuto modo di precisare che la legge di riforma del 2006 aveva il determinato fine di fortificare la difesa dei cittadini di fronte al fenomeno delle "rapine in villa" e tal proposito è stata introdotta la legittima difesa domiciliare, ostacolando il clima di incertezze interpretative sul tema[321], introducendo la presunzione di proporzionalità tra offesa e difesa[322]. Fermo restando che non tutti i pericoli che si concretino all'interno del domicilio giustificano una reazione difensiva, ma soltanto quando la situazione rispetta tutti i criteri strutturali ex art. 52. c.p. di cui al primo

[319] P. BEVERE, *op. cit*., p. 40. Sul punto, vedasi: Cass. pen., sez. I, 8 marzo 2007, n. 16677. La Corte a tal proposito affermò: «In tema di legittima difesa, le modifiche apportate dalla legge 13 febbraio 2006 n. 59 all'art. 52 c.p., hanno riguardato solo il concetto di proporzionalità, fermi restando i presupposti dell'attualità dell'offesa e dell'inevitabilità dell'uso delle armi come mezzo di difesa della propria o dell'altrui incolumità; di conseguenza, la reazione a difesa dei beni è legittima solo quando non vi sia desistenza ed anzi sussista un pericolo attuale per l'incolumità fisica dell'aggredito o di altri».

[320] *Ibidem*, p. 41. Per esempio non sarà consentita la lesione dell'incolumità personale o la vita per difendere un bene patrimoniale, soprattutto se non di interesse vitale o unico mezzo di sostentamento per la famiglia dell'aggredito.

[321] La Cassazione ha affermato: «Il requisito della proporzione tra offesa e difesa viene meno nel caso di conflitto fra beni eterogenei, quando la consistenza dell'interesse leso (la vita della persona) sia molto più rilevante , sul piano della gerarchia dei valori costituzionali, di quello difeso (l'integrità fisica), ed il danno inflitto con l'azione difensiva (la morte dell'offensore) abbia un'intensità e un'incidenza di gran lunga superiore a quella del danno minacciato (lesioni personali, neppure gravi al momento dell'inizio dell'azione omicida)». Fattispecie nella quale si era verificata una colluttazione a mani nude di breve durata, seguita poi dall'uso del coltello da parte dell'aggredito, il quale aveva colpito l'aggressore ripetutamente mentre costui indietreggiava, Cass. pen., sez. I, 26 novembre 2009, n. 47117.

[322] P. BEVERE, *op. cit*., p. 50.

comma[323]. In un caso specifico, dei ladri si erano introdotti nel solaio di un fabbricato di proprietà ed erano stati sorpresi al buio da alcuni colpi di arma da fuoco ad altezza uomo provenienti dal titolare del terreno che abitava nella casa adiacente. In quel caso venne riconosciuta la condanna per omicidio colposo nei confronti del soggetto agente poiché egli avrebbe potuto "limitarsi a fare rumore con qualche altro mezzo meno pericoloso dell'arma se non semplicemente accendere il faro che illuminava la casa"[324] .
La Suprema Corte ha inoltre affermato che introdursi all'interno del domicilio altrui in maniera clandestina e fraudolenta, anche in carenza di un'aggressione o di un'esposizione della vittima al pericolo per la propria incolumità, non permette di invocare la legittima difesa[325].
Un caso di grande clamore mediatico[326] fu la rapina da parte di due aggressori, dotati di una pistola giocattolo, in un supermercato dell'area di servizio di un benzinaio. I due avevano brandito l'arma nei confronti del benzinaio, ma senza minacciarlo verbalmente. Il proprietario dell'esercizio si era dotato anch'egli di una pistola e si era appostato dietro delle colonne. I due rapinatori decisero di darsi alla fuga con la loro moto, ma il proprietario sparò ugualmente tre colpi di pistola all'altezza del sellino, anche se, da come le telecamere confermavano, la moto era già notevolmente molto lontana. I colpi provocarono la morte di uno dei due. Si può notare come nel caso di specie, gli elementi strutturali richiesti dall'art. 52 c.p. vengono a mancare, poiché la Suprema Corte ha affermato che nel momento in cui il proprietario aveva sferrato i colpi contro gli aggressori, non vi era più un pericolo di aggressione. L'imputato fu condannato per omicidio preterintenzionale e venne anche esclusa la legittima difesa putativa, poiché non poteva essere applicabile in conformità a un criterio meramente soggettivo, identificato dal solo timore o dello stato d'animo dell'agente[327].
Un altro tema molto dibattuto e, nella pratica, oggetto di giudizio da parte della Suprema Corte, è quello della fuga. L'elaborazione giurisprudenziale in merito al *commodus discessus* "non ha necessariamente perso la propria rilevanza dopo la novella

[323] Cass. pen., sez. IV, 14 novembre 2013, n. 691.
[324] *Ibidem*.
[325] La riforma del 2006 non permette un'indiscriminata reazione nei confronti del soggetto estraneo che si introduca all'interno del domicilio altrui, ma presuppone l'esistenza di un attacco, nell'ambiente domestico, alla propria o altrui incolumità, o perlomeno un pericolo di aggressione. (Nella fattispecie non è stata riconosciuta l'esimente riguardo all'omicidio di una persona che si era introdotta con l'inganno nel condominio dell'imputata per ottenere il pagamento di un debito).
[326] Cass. pen., sez. I, 5 giugno 2014, n. 37260
[327] Cass. pen., sez. I, 18 febbraio 1997, n. 3898. Sul punto P. BEVERE, *op. cit*., p. 52.

codicistica"[328], infatti la reazione difensiva deve essere sempre l'unica soluzione possibile, non sostituibile con un' altra meno dannosa egualmente idonea alla tutela del diritto[329]. In un caso di specie l'imputato aveva esploso un colpo d'arma da fuoco (legittimamente detenuta) dall'alto di una delle finestre della sua casa nel momento in cui il ladro aveva concluso il tentato furto e si era allontanato dalla casa, raggiungendo già la strada. Anche qui, non è stata riconosciuta la legittima difesa poiché la reazione difensiva del proprietario non era stata ritenuta giustificata, a causa della mancata potenzialità offensiva della condotta del ladro.[330]

Un ennesimo caso giudiziario di grande rilevanza fu quello che riguardò l'applicazione della legittima difesa speciale esercitata all'interno del luogo di lavoro[331]. Nella fattispecie tre ladri avevano sfondato la vetrina di una tabaccheria, comunicante e sottostante l'abitazione del titolare, che una volta sceso nel negozio aveva sparato verso uno dei ladri provocandone la morte[332].

Nel primo grado di giudizio, presso il Tribunale di Padova, il proprietario venne condannato per eccesso colposo di legittima difesa, poiché non era necessario utilizzare l'arma.

La Corte d'appello cercò invece di evidenziare come il *modus operandi* dei ladri (abbattere la porta della tabaccheria in piena notte, in pieno centro città, senza dar peso a tutti gli allarmi entrati in azione) poteva far credere al proprietario di essere in pericolo di un'aggressione, anche nei confronti della moglie e la figlia che dormivano al piano di sopra dell'attività commerciale. La reazione del tabaccaio poteva, in questo modo, essere giustificata da un particolare stress emotivo e venne riconosciuta la legittima difesa putativa incolpevole, poiché per la Corte egli aveva creduto di agire in stato di legittima difesa e di agire in maniera lecita[333].

---

[328] Cass. pen. , sez. V, 14 maggio 2008, n. 25653.
[329] P. BEVERE, *op. cit*., p. 50.
[330] *Ibidem*, p. 51.
[331] Si veda, in tal senso: G. L. GATTA, *Sulla legittima difesa domiciliare: una sentenza emblematica della Cassazione (caso Birolo) e una riforma affrettata all'esame del Parlamento*, in *penale contemporaneo.it*, 22 ottobre 2018. La Corte di appello di Venezia rilevò che: «I tre complici avevano abbattuto la porta con un ariete, di notte, in pieno centro abitato, non scoraggiati nemmeno dagli allarmi entrati in azione, poteva far presagire *ex ante* al proprietario improvvisamente svegliato dal botto, con fragore di vetri e delle sirene degli allarmi, un'incursione aggressiva di persone al piano sovrastante, dove si poteva entrare senza difficoltà e dove si trovavano la moglie e la figlia quindicenne».
[332] *Ibidem*, p. 53.
[333] *Ibidem*.

La Corte di Cassazione[334] ha confermato la sentenza di secondo grado[335]. Tale pronuncia è da considerare molto interessante poiché, essendo stata emessa prima della riforma approvata dal Parlamento, ha anticipato quanto è il contenuto della riforma della legittima difesa, dichiarando l'assoluzione dell'imputato ed esonerandolo da responsabilità civile[336].

In tema di eccesso colposo di legittima difesa, un caso è stato di particolare importanza ed oggetto di pronuncia della Suprema Corte di Cassazione (sez. IV, 12 ottobre 2016, n. 49615): un aggressore aveva raggiunto la vittima nella propria macelleria per imporle il pizzo e a ragion di ciò, l'aveva malmenata; il macellaio era riuscito a fuggire ma il criminale lo aveva inseguito e qui il macellaio, rientrato in casa, riuscì a colpire l'aggressore con armi da fuoco. È scaturito dunque un procedimento penale a carico del proprietario dell'esercizio commerciale per omicidio colposo.[337]

Secondo la giurisprudenza di legittimità l'eccesso colposo si configura ogni qual volta la proporzione tra difesa e offesa viene meno per colpa (intesa come errore inescusabile), o per imprudenza, imperizia o precipitazione nel calcolo del pericolo e dei mezzi di salvezza disponibili; si fuoriesce da esso tutte le volte in cui i limiti vengono superati in modo cosciente e volontario, trasformando così la reazione difensiva in uno

---

[334] Cass. pen., sez. IV, n. 29515 del 20 giugno 2018, in *CED Cassazione*, 2018.

[335] *Ibidem.* La Cassazione ha affermato che: «La situazione di penombra, il forte rumore, lo stress emotivo, la rapida successione di movimenti all'interno della tabaccheria dei tre complici, che avevano divelto il registratore di cassa e tre mensole contenenti la merce, possono avere indotto ragionevolmente e in maniera scusabile in errore l'aggredito circa le effettive intenzioni del ladro, e la situazione erroneamente percepita come di imminente aggressione per sé o i suoi familiari, nel momento in cui, in uno stato di forte concitazione, ha fatto partire il colpo»; «La corte territoriale con giudizio ex ante ha valutato tutte le circostanze di fatto, statiche e dinamiche, oggettive e soggettive, in relazione al momento della reazione e al contesto spazio-temporale, dando rilievo al complesso delle risultanze probatorie, e ha apprezzato e ritenuto scusabile, con giudizio logico e coerente, perciò insindacabile, l'errore di valutazione circa la sussistenza dei presupposti di fatto , di proporzione e di necessità di difesa, che rappresentano gli elementi costitutivi della legittima difesa».

[336] E. SIROTTI GAUDENZI, C. PAOLINI, *op. cit*., p. 80.

[337] *Ibidem*, p. 55. La Corte, in materia di eccesso colposo di legittima difesa, afferma che: «Questo non comporta l'assoluzione dell'imputato, bensì la riqualificazione del reato a lui addebitato come reato colposo, con conseguente applicazione delle disposizioni concernenti i delitti colposi, considerato che l'art. 55 c.p. non configura alcuna specie scriminante o esimente, limitandosi a ribadire in tema di cause di giustificazione la disciplina generale dell'errore e della colpa di cui agli art. 43 e 47 c.p. (Sez. V, 13 febbraio 2014, n. 11806). Nel caso della sentenza appena citata, infatti, era stata censurata la decisione del giudice di merito – che aveva assolto l'imputato dal reato di omicidio preterintenzionale aggravato, ritenendo che lo stesso avesse agito in stato di legittima difesa ancorché con reazione eccessiva rispetto all'entità del pericolo, anziché provvedere alla riqualificazione del fatto come omicidio colposo – osservando che, una volta reputato che l'imputato , pur in presenza di tutti gli altri presupposti per la configurabilità della scriminante della legittima difesa, avesse colposamente ecceduto alla reazione difensiva, risultata sproporzionata rispetto alla natura e all'entità dell'aggressione subita, il giudice di merito non avrebbe potuto assolverlo perché "non punibile", ma avrebbe dovuto riqualificare il fatto (…) come omicidio colposo».

strumento di aggressione[338]. La Corte continua afferma che l'eccesso colposo: «(…) debba essere verificato in base a un giudizio *ex ante*, che tenga conto delle specifiche e peculiari circostanze concrete che connotano la fattispecie da esaminare, alla stregua delle quali considerare l'esistenza dei canoni della proporzione e della necessità di difesa, secondo una valutazione di carattere relativo e non assoluto ed astratto, che tenga conto non solo delle modalità dello specifico episodio, ma anche di tutti gli elementi fattuali antecedenti all'azione, che possano aver avuto concreta incidenza sull'insorgere del convincimento di doversi difendere da un'aggressione ingiusta, senza che possano, tuttavia considerarsi sufficienti i stati d'animo ed i timori personali. In tal senso il giudice di merito deve dimostrare, in maniera rigorosa, la sussistenza di un'aggressione ingiusta e di una reazione legittima, laddove la prima deve concretarsi in un pericolo attuale di un'offesa che, se non neutralizzata tempestivamente, sfocia nella lesione del diritto, mentre la seconda deve inerire alla necessità di difendersi, all'inevitabilità del pericolo e alla proporzione tra difesa e offesa»[339].

Per quanto riguarda la legittima difesa putativa, essa non può assolutamente essere valutata solamente da un punto di vista soggettivo ed essere dedotta dal solo stato d'animo del soggetto agente, dovendo anche essere valutata la fattispecie in maniera obiettiva[340]. Essa, al contrario, deve essere dedotta in conformità a dati di fatto concreti tali da giustificare la ragionevole convinzione nel soggetto di essere in una situazione di pericolo[341]. L'orientamento giurisprudenziale prevalente ritiene che la legittima difesa putativa avvenga quando l'errore scusabile, che giustifica l'esimente, trova adeguata giustificazione in qualche fatto che, pur rappresentato in maniera erronea o mal compreso, riesca a influenzare l'agente e a fargli credere di essere in una condizione di pericolo in conformità a dati di fatto concreti[342].

Nelle fattispecie concrete, la valutazione dell'esistenza o meno della legittima difesa

---

[338] Cass. pen., sez. III, 27 aprile 2018, n. 30910.
[339] Cass. pen., sez. V, 12 ottobre 2016, n. 49615.
[340] P. BEVERE, *op. cit.*, p. 59.
[341] Cass. pen., sez. IV, 14 novembre 2013, n. 69.
[342] Cass. pen., sez. I, 2 febbraio 2006, n. 4337; Cass. pen., sez. I, 24 novembre 2009, n. 3464; Cass. pen., sez. I, 18 febbraio 1997, n. 3898 ("....postula di medesimi presupposti di quella reale con la sola differenza che, nella prima, la situazione di pericolo non sussiste obiettivamente, ma è supposta dal'agente sulla base di un errore scusabile nell'apprezzamento dei fatti, determinato da una situazione obiettiva atta a far sorgere nel soggetto la convinzione di trovarsi in presenza del pericolo attuale di un'offesa ingiusta; sicché, in mancanza di dati di fatto concreti, l'esimente putativa non può ricondursi a un criterio di carattere meramente soggettivo identificato dal solo timore o dal solo stato d'animo dell'agente").

putativa è di carattere relativo e rimesso al prudente apprezzamento del giudice di merito, di volta in volta e in concreto[343].

4. Le problematiche della legittima difesa speciale e l'esigenza di una riforma

La nuova disciplina della legittima difesa non è stata esente da critiche. Secondo una parte della dottrina il problema consisterebbe nel fatto che il singolo, agendo per legittima difesa, provvederebbe alla difesa di sé e di terzi con le proprie mani, arrivando quasi ad usurpare una prerogativa dei poteri giuridicamente organizzati[344].

D'altro canto la necessità di tutelare chi si difende dal pericolo di un'offesa trova le sue radici nel fatto che lo Stato, detentore della nostra tutela, non sempre può essere presente a impedire che si consumino danni ai cittadini[345].

Un primo sintomo di "insufficienza" della riforma è la contestazione ai giudici di essere ancora legati allo schema tradizionale della legittima difesa di cui art. 52 c.p., comma 1, e dunque di essere molto cauti, forse anche troppo, nel concedere la presenza della scriminante nelle varie fattispecie concrete che si presentavano loro ogni giorno[346].

La loro troppa prudenza andava così a discapito di coloro che erano vittime dell'aggressione poiché molte volte era difficile giustificare, da parte di queste ultime, le loro reazioni e dimostrare così la sussistenza del requisito di proporzione. Vi era dunque da parte dei giudici una sorta di diffidenza nel giudicare la fattispecie totalmente in

---

[343] P. BEVERE, *op. cit*., p. 60. Sul punto, vedasi, Cass. pen., sez. I, 21 febbraio 2017, n. 11610 ("La valutazione deve essere necessariamente estesa a tutte le circostanze che possano avere avuto effettiva influenza sull'erronea supposizione, dovendo tenersi conto, oltre che delle modalità del singolo episodio considerato, anche di tutti gli elementi fattuali che – pur essendo antecedenti all'azione – possano spiegare la condotta tenuta dai protagonisti della vicenda in quanto abbiano avuto concreta incidenza sull'insorgenza dell'erroneo convincimento di dover difendere sé o altri da un'ingiusta aggressione, non potendo, invece ritenersi sufficienti a tal fine gli stati d'animo e i timori personali non basati su circostanze oggettive").

[344] G. INSOLERA, *Quando la difesa è legittima? Il diritto della paura e la paura del diritto*, Azzate (Varese), 2020, p. 1.

[345] *Ibidem*, p. 12. L'autore prosegue affermando che il riconoscimento della scriminante è in totale coerenza con una società liberale, che concede spazi ai privati nella tutela dei loro diritti.

[346] Al legislatore del 2006 premeva di correggere non tanto la disposizione normativa, quanto la prassi che su di essa si era venuta a creare. In sostanza l'art. 52 c.p. non è stato toccato. Rimane nella sua interezza e, anche con l'aggiunta dei due nuovi commi, permangono i tratti essenziali dell'istituto. Per quanto riguarda il requisito della proporzione, non c'è nessun dubbio che esso continui a porsi come pietra angolare dell'istituto. Semplicemente, con le modifiche, si precisa che, in certi casi, la proporzione è connaturata alle particolarità di una situazione. G. INSOLERA*, op. cit*., p. 2.

favore della vittima poiché il timore era quello che i padroni di casa ricorressero a pratiche difensive sempre più violente per difendere il proprio domicilio.[347]

La Cassazione, infatti, nel 2014 ha escluso la legittima difesa nei confronti di un individuo che, trovandosi i ladri in casa, aveva deciso di nascondersi dentro un ripostiglio per sentirsi sicuro, ma aveva poi sparato a uno di loro dalla finestra quando questi stavano scappando con l'autovettura della vittima [348].

Nel 2017 la Cassazione ha negato nuovamente l'applicazione della scriminante a vantaggio del gestore di un bar il quale aveva reagito nei confronti di un uomo che si era sentito offeso per i commenti che il gestore aveva fatto nei confronti della sua ragazza e dunque la situazione era sfociata in una serie colluttazione fra i due[349].

Il secondo indice di "insufficienza" dettato principalmente dal malcontento delle vittime di aggressione domiciliari che si sentivano in obbligo di dovere controllare le loro reazioni difensive e dunque si sentivano sobbarcati di preoccupazioni e ansie, non solo per l'aggressione, ma anche per delle ipotetiche conseguenze alle loro reazioni non sempre razionali ma troppo spesso dettate solo dall'istinto.

Occorre però dire che la riforma della legittima difesa è stata attuata a prescindere da ogni emergenza, infatti, le ragioni che hanno portato la modifica della disciplina del 2006, e poi in seguito quella del 2019, sono mosse dalle accuse nei confronti

---

[347] Si veda quanto statuito da Cass. pen., sez. IV, 27 aprile 2015, n. 31001, a proposito della difesa opposta in un bar a un rapinatore rimasto ucciso a seguito della colluttazione con il gestore del bar. La Corte ha escluso il riconoscimento della legittima difesa per "la non ricorribilità dell'ulteriore requisito della proporzionalità dell'azione difensiva, atteso che, pur potendo sussistere nell'imputato la convinzione che il pericolo per la sua vita fosse ancora attuale, ben avrebbe potuto esplodere in alto i colpi di pistola per far ulteriormente desistere l'intruso dal porre in essere altri comportamenti minacciosi, o avrebbe potuto scegliere la soluzione, a sua volta, di allontanarsi; e pur a fronte della previsione del 2006, il beneficio non poteva seguire perché nel frangente della colluttazione in cui è partito il colpo, il rapinatore appariva disarmato e verosimilmente girato su un fianco, sicché « il pericolo, oggettivamente considerato, non era affatto attuale e […], comunque la reazione dell'imputato, pur in ragione di erronea convinzione della sussistenza della situazione pericolosa, è stata proporzionata, rappresentandosi anche le diverse modalità di comportamento, per respingere la putativa aggressione, avrebbe avuto sicure possibilità di riuscita".

[348] Cass. pen., sez. I, 25 febbraio 2014, n. 28802.

[349] Cass. pen., sez. V, 30 marzo 2017, n. 44011, in *Cass. pen*., 2018, p. 2449. La Corte ha affermato che la vittima «certamente si trattenne, palesando in tale frangente le sue intenzioni aggressive, ma siffatta condotta non rileva ai fini dell'integrazione della violazione di domicilio siccome descritta dall'art. 614 c.p.,comma 2, non essendovi alcun riferimento nella sentenza impugnata all'espressa volontà contraria manifestata dal titolare dello *ius ecludendi alios»* dunque «non essendovi violazione di domicilio da parte della parte offesa del tentato omicidio ascritto all'imputato, nella fattispecie censita fa difetto anche il primo dei requisiti previsti per il venire in essere della scriminante della legittima difesa come prevista dall'art. 52 c.p., comma 2».

dell'esistenza di un procedimento penale troppo lungo nei confronti di chi, trovandosi nella fattispecie della scriminante, asseriva di essersi difeso[350].

L'introduzione della legittima difesa domiciliare sembra quasi favorire l'attenzione per la causa di giustificazione che si attui nel proprio domicilio e ciò crea una grandissima confusione che potrebbe far apparire la nuova disciplina come un errore di scarsa attenzione nei confronti dell'equilibrio dei beni in gioco, mettendo in primo piano la tutela della proprietà a discapito dell'incolumità personale e dell'inviolabilità del domicilio[351].

È noto che nel progetto di riforma del codice penale curato dal prof. Grosso, è stata respinta la proposta di sancire l'esclusione di responsabilità di chi commette il fatto in una situazione panico o di stress emotivo tali da non far osservare all'individuo il dettame normativo. Infatti, troppi margini discrezionali al giudice in via applicativa avrebbero sancito sempre di più l'allontanamento della disciplina difensiva col principio di legalità[352] .

Troppe concessioni ed elasticità nel giudizio difensivo avrebbero dato troppi poteri ai giudici nella libertà di valutazione e seri problemi e difficoltà in regime probatorio. Si percepiva dunque l'esigenza di una riforma dell'art. 52 c.p. soprattutto introducendo dei criteri più favorevoli all'aggredito nella valutazione del caso concreto. Si cercò di fissare un limite negativo d'imputazione soggettiva del fatto difensivo[353].

Si voleva sottrarre il padrone di casa aggredito a qualsiasi responsabilità ricollegata a una sua risposta difensiva dettata dall'impulso, a prescindere se i presupposti di aggressione vi fossero o no, e di non far rispondere il soggetto nemmeno per colpa nel caso in cui per errore vi fosse caduto, escludendo qualsiasi discrezionalità del giudice nella valutazione del caso concreto, non potendo nella pratica impedire un accertamento giurisdizionale[354] . Tale nuova disciplina sarebbe stata a tutto vantaggio della vittima,

---

[350] G. INSOLERA, *op. cit.*, p. 18.

[351] *Ibidem*, p. 16. L'autore prosegue affermando che le condotte criminali, avvenute all'interno del domicilio, mettono sicuramente a rischio il patrimonio, ma soprattutto l'incolumità delle persone che le subiscono. In particolare l'ingresso nelle abitazioni da parte di estranei integra una drammatica situazione di pericolo proprio nel luogo dove il soggetto svolge la sua privacy.

[352] V. *I lavori della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con d.m. 1° ottobre 1998. Relazione al "Progetto preliminare di riforma del codice penale"- Parte generale,* in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2001, p. 604; M. GROTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, p. 352.

[353] D. NOTARO, *op. cit.*, p. 289.

[354] R. MARINO, P. CASTELLLETTI, *op. cit*., p. 27.

arrivano addirittura a poter concedere qualsiasi uso della violenza, in pieno contrasto con i valori costituzionali[355].

5. La legge 26 aprile 2019 n. 36 e la "nuova" legittima difesa

La legge 26 aprile 2019 n. 36 ha novellato il testo delle previsioni normative di cui agli articoli 52 e 55 c.p., incidendo sulla regolamentazione della legittima difesa[356].
Nel dettaglio, la riforma va a modificare il secondo e il terzo comma dell'art. 52 c.p.[357], introducendone anche un quarto[358], oltre a un nuovo secondo comma dell'art. 55 c.p.[359].
La previsione, introdotta nella riforma del 2006, riteneva già come vigente il rapporto di proporzionalità nella fattispecie di cui ai comma 1 e 2 dell'art. 614 c.p.[360].

---

[355] *Ibidem*.
[356] G. DE LEONARDIS, *Pubblicata in gazzetta ufficiale la "nuova" legittima difesa*, in *Quotidiano giuridico*, 2019, p. 1, afferma che:«Accolto con toni trionfanti dai sostenitori, criticato con fervore dagli oppositori, nonché promulgato con tanto di "invito alla prudenza" da parte del Capo dello Stato, il nuovo provvedimento si pone, tra modifiche solo "simboliche" e modifiche "effettive", nel senso di allargare le maglie dell'istituto e dunque le aree di non punibilità di talune specifiche condotte».
[357] Il testo dell'art. 52 c.p. post riforma rimane invariato, semplicemente viene introdotta la parola "sempre" in riferimento alla presenza del rapporto di proporzione fra offesa e difesa, mentre al terzo comma viene aggiunto la locuzione "e al quarto comma si applicano" in riferimento alle disposizioni ivi descritte.
[358] Esso afferma: «Nei casi di cui al secondo e al terzo comma agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone».
[359] Il nuovo comma afferma: «Nei casi di cui al secondo, terzo e quarto comma dell'art. 52, la punibilità è esclusa se chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito nelle condizioni di cui all'articolo 61, primo comma, n. 5, ovvero in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto»
[360] E. DOLCINI, *Sub art. 614 c.p.*, in E. DOLCINI, GATTA G. L., *Commentario al codice penale*, in *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it*, 2020, p. 3:«Il delitto di violazione del domicilio ha sempre trovato riconoscimento in ogni epoca storica in quanto espressione di tutela dello stesso diritto alla libertà individuale. Nel codice Zanardelli era punito (art. 157) poiché attentato alla pace domestica mentre è solo con il codice Rocco che si espande il suo ambito di applicazione anche ad «ogni altro luogo di privata dimora». Con l'avvento della Costituzione repubblicana il processo evolutivo porterà a comprendere non solo la pace domestica, ma anche tutte le altre manifestazioni di libertà che sono estrinsecazione della vita privata della persona: ciò è evidente nel nostro sistema penale, dove la protezione penale del domicilio, è immediatamente correlata alla protezione costituzionale del bene libertà domiciliare (art. 614, 615, 615-bis c.p.). Con la novella L. 13 febbraio 2006, n. 59, modificatrice della disciplina della legittima difesa si è attribuita alla violazione di domicilio il valore di presunzione di proporzionalità tra offesa e reazione legittima. Arriviamo pertanto ad una nozione penalistica di domicilio che acquista una dimensione autonoma e più ampia di quella rilevante ai fini degli altri settori dell'ordinamento e ad un significato ampio di tutela dello stesso come garanzia di estrinsecazione della libertà personale».

L'art. 1 della riforma aggiunge al secondo comma dell'art. 52 l'avverbio "sempre" in riferimento alla presenza del rapporto di proporzionalità tra difesa e offesa nella fattispecie ivi prevista. Una presunzione di sussistenza di proporzionalità era già regolamentata prima del 2019, anche se la giurisprudenza aveva di fatto sterilizzato nella prassi applicativa una simile previsione, affermando la necessità di verificare in concreto la sussistenza di tale requisito[361].

È utile da subito evidenziare come l'iter legislativo, che ha portato alla creazione della riforma, sia stato caratterizzato da una chiara limitatezza del dibattito tra classe politica e giuristi e sia stato molto più celere rispetto all'antecedente riforma del 2006.[362]

Si era percepita quasi una sorta di volontà di affrettare il procedimento legislativo da parte della classe politica[363]. Secondo una corrente di pensiero, la riforma troverebbe la sua *ratio* proprio nel fallimento della legge del 2006, perciò il fine del legislatore era proprio quello di promuovere la totale libertà di autotutela in ambito domiciliare e garantire piena garanzia ai soggetti di non essere sottoposti a giudizio ma soltanto ad indagini preliminari di cui l'esito era scontato[364].

Dunque la libera valutazione del giudice caso per caso non trova, in questi termini, nessuno sbocco concreto e ci si ritrova di fronte ad un enorme ampliamento dell'ambito operativo della scriminante, arrivando a concepire una presunzione assoluta, che non riguarda solo il requisito della proporzione, ma ogni altro elemento costitutivo

---

[361] Cass. pen., Sez. IV, 33591/2016, in *CED Cassazione*, 2016.

[362] R. MARINO, P. CASTELLETTI, *op. cit*., p. 27.

[363] L'art. 22 del contratto per il Governo del cambiamento, sottoscritto da Luigi Di Maio e Matteo Salvini stabiliva:«In considerazione del principi di inviolabilità della proprietà privata, si prevede la riforma ed estensione della legittima difesa domiciliare, eliminando gli elementi di incertezza interpretativa (con riferimento in particolare alla valutazione della proporzionalità tra difesa e offesa) che pregiudicano la piena tutela della persona che ha subito un'intrusione nella propria abitazione e nel proprio luogo di lavoro». Sul punto, P. BEVERE, *op. cit*., p. 71, che riporta una dichiarazione dei legislatori dell'epoca ed il testo è il seguente:«I recenti fatti di cronaca relativi a violente aggressioni in abitazioni private a scopo di furto e rapine presso attività commerciali quali la rivendita di tabacchi, di prodotti petroliferi o di preziosi che vengono sempre più di frequente perpetrate ai danni dei nostri concittadini, ci impongono, nella nostra responsabilità di legislatori, di verificare che il nostro ordinamento sia adeguato per contrastare e prevenire tali fenomeni. Non c'è dubbio che il nostro sistema di diritto penale preveda delle pene, suppure disapplicate nei fatti per diverse motivazioni (indulti, depenalizzazioni, impossibilità a procedere alla custodia cautelare in carcere, non punibilità per particolare tenuità del fatto, eccetera) in caso di furto e di altri delitti contro il patrimonio, tuttavia occorre considerare che proprio i fatti a cui ci si è riferiti ci mettono dinanzi a una realtà di una violenza sconosciuta: incursioni, anche notturne, in abitazioni o in attività commerciali realizzate con una violenza che non risparmia neppure anziani o bambini e che spesso sfociano in esiti mortali per gli aggrediti».

[364] R. MARINELLI, P. CASTELLETTI, *op. cit.*, p. 28.

dell'istituto: ci troviamo di fronte a un totale ridimensionamento della discrezionalità giudiziaria[365].

Non si valuta più la questione sugli interessi patrimoniali e personali aggrediti o dalla necessità di salvare essi da un pericolo attuale, ma per l'applicazione della legittima difesa domiciliare è sufficiente il solo requisito che l'aggressione o l'intrusione avvengano all'interno del domicilio o luoghi a esso equiparati. La nuova legittima difesa appare come un "diritto naturale" alla difesa dei propri spazi e col riconoscere il peso irresistibile dell'istinto di conservazione[366].

La nuova riforma nel complesso ha modificato anche: il regime sanzionatorio per chi commetta il reato di violazione di domicilio, furto e rapina; un diverso regime di sospensione condizionale per i casi di furto in abitazione; modifica del regime di responsabilità civile del soggetto che si difende fino a nuove disposizioni in materia di spese di giustizia per l'aggredito la cui difesa sia stata riconosciuta come legittima[367].

Il nuovo comma si può definire espressamente una legge a tutto favore della vittima, che però a sua volta si spoglia dall'abito di vittima per diventare autore di un reato e di un'aggressione a sua volta a danno di chi da aggressore si è tramutato in vittima[368].

Per quanto riguarda invece le altre modifiche riguardanti le riforma del 2019, queste riguardano la violazione di domicilio (art 614 c.p.) dove la pena prevista per l'ipotesi non aggravata (primo comma) è innalzata nel minimo e nel massimo edittale, dove la reclusione da sei mesi a tre anni viene, infatti, sostituita con la reclusione da uno a quattro anni; riguardano il furto in abitazione (art. 624 bis c.p.) in cui viene altresì innalzata, sia nel minimo sia nel massimo edittale, la pena detentiva, infatti la reclusione da tre a sei anni viene sostituita con la reclusione da quattro a sette anni; infine la riforma tocca anche la rapina (art 628 c.p.) in cui vengono innalzati i rispettivi minimi edittali[369].

---

[365] *Ibidem.*

[366] D. NOTARO, *op. cit.*, p. 297.

[367] G.L.GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento. Sul disegno di legge di "Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa", approvato definitivamente dal Senato il 28 marzo 2019*, in *Diritto Penale Contemporaneo* 1 aprile 2019, p. 1.

[368] *Ibidem.*

[369] Sul punto,vedasi la tabella di raffronto del testo ante e post riforma proposta da R. MARINELLI, P. CASTELLETTI, *op. cit.,* p. 53-54.

5.1. Da "legittima difesa" a "difesa legittima"

La nuova riforma è stata sostenuta da una campagna di opinione all'insegna del motto "la difesa è sempre legittima", già oggetto di grande attenzione a partire dalle modifiche introdotte nel 2006 e proprio tale slogan, molto lontano dall'eliminare i problemi applicativi della scriminante, mette in risalto il grande quesito che affiora tutte le volte in cui si tratta di valutare il significato della norma[370].

È necessario precisare che l'inserimento dell'avverbio "sempre" sembra rappresentare unicamente una specificazione del fatto che tale rapporto di proporzionalità sussiste ogni volta " in presenza delle condizioni previste dall'art. 52 c.p."[371] e, come si può notare, si fa rifermento solo a luoghi dove chiunque svolge la propria vita personale o privata, non incidendo assolutamente sui requisiti della legittima difesa tradizionale, che rimane alterata dalla riforma[372].

Come accennato nel paragrafo precedente, l'idea del legislatore era rendere il più possibile immune da responsabilità e conseguenze sfavorevoli chi si trovasse nella condizione di doversi difendere da un'aggressione nel domicilio e come seconda finalità, quella di circoscrivere ancora di più la discrezionalità del giudice riguardo la

[370] G. INSOLERA, *op. cit.,* p. 11-13. L'autore prosegue dicendo:«Quando si può parlare di difesa di un diritto? Quando una condotta che ha provocato un danno può ritenersi giustificata, perché volta a evitare il pericolo di un'offesa, e il responsabile può andare così esente da ogni conseguenza del suo agire? Quando, diversamente, una condotta cessa di essere una difesa e diviene una vendetta nei confronti di chi mi ha offeso o ha tentato di offendermi? (…) Occorre dire che la difesa può svolgersi rispetto a qualsiasi diritto patrimoniale e non: se un' auto mal posteggiata mi impedisce di uscire dal cancello di casa con un passaggio garantito da un passo carraio sono legittimato a farla rimuovere perché difendo il mio diritto alla mobilità e dunque sarà giustificata la violenza sulle cose che esercito sgombrando quello spazio, perché adeguata a respingere una violenza privata ai miei danni (non potrei dire la stessa cosa se prendessi quella macchina a martellate). Se sono vittima di un borseggio, posso certamente, anche con la forza, bloccare il ladro impedendogli di portare a termine il reato ai miei danni. Sono legittimato ad inseguirlo cercando di riprendermi il maltolto, ma se con l'arma lo colpisco mortalmente alla schiena uccidendolo sto ancora difendendo un mio diritto o la vita del mio aggressore merita una tutela maggiore del mio portafoglio? O il fatto che costui abbia violato ai miei danni la legge penale lo rende privo di tutela, alla mercé di colui il cui diritto è stato messo in pericolo o leso? L'interrogativo ha una risposta negativa evidente: in uno Stato di diritto anche chi commette un reato rimangono titolari di diritti, saranno sottoposti per il delitto compiuto a un processo penale con un accertamento in contraddittorio della loro responsabilità e subiranno una pena prevista dalla legge e irrogata in concreto da un giudice».

[371] Intervento On. Dep. R. TURRI, seduta del 5 dicembre 2018, Commissione (II) Giustizia della Camera dei Deputati, in *www.camera.it*.

[372] A. DI TULLIO D'ELISIIS, *op. cit.,* p. 91.

valutazione della sussistenza dei requisiti della legittimità della difesa nel proprio domicilio[373].

La promulgazione della legge citata è stata annunciata con una lettera da parte del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella indirizzata alla Camera e il Senato in cui era stato esplicitamente affermato che le nuove norme non avrebbero in alcun modo attenuato il ruolo dello Stato[374]. La nuova normativa, dunque, non deve assolutamente indebolire o attenuare la funzione primaria dello Stato[375].

Alla luce delle due riforme, la legittima difesa cambia nome e diventa "difesa legittima".

È necessario però ricordare la morfologia classica dell'istituto e, come affermato in maniera solenne dal Presidente nella sua lettera, prendere in considerazione l'elemento della necessità, come fondamento costituzionale della legittima difesa, infatti non vi è difesa se non vi è la necessità di agire per contrastare un pericolo attuale di un'offesa ingiusta ad un diritto proprio o altrui[376]. Anche in questa nuova veste della scriminante, la proporzionalità merita un'importanza primaria poiché una difesa non proporzionata è chiaramente una difesa non necessaria[377].

---

[373] G. CARUSO, *Ancora a proposito della riforma della legittima difesa. Tra ragioni di liceità e cause di 'scusa'*, in *Archivio Penale*, 2018, p. 1, afferma che:«A fronte di molteplici ragioni che paiono sconsigliare di intervenire, ancora una volta, solo dopo 12 anni, sul requisito della proporzione, sembra però all'autore che la riforma legislativa sia meritevole di considerazione laddove se ne riconfigurino i termini spostandone la prospettiva dal piano oggettivo della proporzione a quello soggettivo della disciplina dell'eccesso colposo prevista dall'art.55 c.p., eccesso consistente vuoi in un errore-motivo di rappresentazione, vuoi un errore-inabilità nell'esecuzione della reazione difensiva. Si tratterebbe di introdurre anche nel nostro ordinamento una specifica causa scusante e cioè di situazioni tipizzate dal legislatore come preclusive del giudizio di colpevolezza normativa nei confronti dell'imputato, non soggetto a rimproverabilità soggettiva per l'eccesso oggettivamente consumato attraverso la reazione sproporzionata. Detto intervento potrebbe rivitalizzare l'applicazione dell'istituto dell'eccesso colposo, lasciato in ombra e destinato alla desuetudine».

[374] Egli ha affermato: «Va preliminarmente sottolineato che la nuova normativa non indebolisce né attenua la primaria ed esclusiva responsabilità dello Stato nella tutela della incolumità e della sicurezza dei cittadini, esercitata e assicurata attraverso l'azione generosa ed efficace delle Forze di Polizia". Sul punto, vedasi: N. BARONE, *Legittima difesa, Mattarella firma ma scrive alle Camere «Turbamento sia effettivo»,* in *Il sole 24 ore*, 2019.

[375] T. PADOVANI, *op. cit*., p. 217.

[376] G. INSOLERA, *op. cit*., p. 13. L'autore afferma che il requisito della necessità coinvolge anche i mezzi a disposizione dell'aggredito, poiché se un soggetto può utilizzare la propria forza per fermare un'aggressione, l'uso di un'arma da fuoco, con gravi conseguenze lesive per l'aggressore, sarebbe chiaramente in contrasto con il principio della necessità dell'azione difensiva.

[377] *Ibidem*, p. 13-14. L'autore propone un esempio di scuola, cioè quello del signore anziano paralitico che protegge il suo albero di ciliegie imbracciando un fucile, magari sparando a un ragazzino ladruncolo che tenti di arrampicarsi sopra l'albero e rubargli dei frutti. La vita del ragazzo non sarebbe assolutamente paragonabile al valore del bene che l'anziano tenterebbe di difendere.

L'avverbio "sempre" introdotto con la riforma non aggiunge nulla al testo precedente poiché s'inserisce all'interno di circostanze che già ne implicano l'esistenza, evidenziando il tentativo di cancellare ogni possibile discrezionalità del giudice nell'accertamento[378]. Anche l'introduzione del quarto comma all'art. 52 c.p. non sembra mutare in maniera rilevante la struttura della causa di giustificazione, poiché di fronte a una violenta intrusione, maggiorata da un uso di armi, nessuno ha mai dubitato, anche alla luce della versione tradizionale della disposizione legislativa, che l'aggredito possa attuare una reazione difensiva adeguata cioè sorretta dai requisiti della necessità e dalla proporzione[379]. Perciò la nuova previsione di legge non sembra abbia determinato l'introduzione di una sorta di presunzione assoluta di legittima difesa[380].

Oltre che la necessità e la proporzione, la reazione difensiva deve rispettare, come avviene per la legittima difesa sancita dal primo comma, l'attualità del pericolo: la nuova disposizione richiede che la reazione avvenga per opporsi all'intrusione attuata con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi idonei di coazione fisica, da parte di una o più persone e proprio perché tale intrusione avviene con violenza o minaccia, è evidente che il pericolo debba essere *in actu,* non potendo avvenire prima che tale intrusione minacciosa e violenta sia in corso d'opera o dopo, ossia quando l'aggressione sia terminata[381].

Si pone il problema di capire se la reazione debba essere inevitabile, poiché il nuovo comma aggiunto non prevede nulla in merito[382]. Una parte della dottrina si è espressa in

---

[378] *Ibidem*, p. 20.

[379] *Ibidem*, p. 21.

[380] A. DI TULLIO D'ESILIIS, *op. cit*., p. 93. Sul punto anche, E. SIROTTI GAUDENZI, C. PAOLINI, La legittima difesa dopo la riforma. Legge 26 aprile 2019 (G.U. N. 102 del 3 maggio 2019). Con tabella di raffronto tra vecchia e nuova normativa), San Giustino (Pg), 2019, 74. In quest'opera si afferma che:«Si ricorda come la giurisprudenza costituzionale (Corte cost., sentenza n. 183, del 7 giugno 2011, in *giuriscost.org*.) abbia sancito, relativamente alle presunzioni, che "le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit* (…), l'irragionevolezza della presunzione assoluta si può cogliere tutte le volte in cui sia 'agevole' formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa».

[381] *Ibidem*, p. 95. «Per poter essere ricacciato indietro da parte di colui che invoca la scriminante, quel qualcuno o quel qualcosa deve trovarsi, nel momento in cui viene posta in essere la condotta difensiva, ancora in fase di compimento della propria azione aggressiva; deve quindi sussistere, nel momento esatto in cui si attua la legittima difesa ai sensi del previsto nuovo quarto comma dell'art. 52 c.p., uno stato di pericolo attuale che interessa il bene giuridico che con la reazione difensiva si vuole preservare», sul punto vedasi, A. PAOLETTI, *Il disegno di legge sulla legittima difesa approvato dal Senato Italiano il 24 ottobre 2018 e la possibilità di una difesa domiciliare sempre legittima*, 7 novembre 2018, in *www.diritto.it.*

[382] *Ibidem*, p. 96.

modo negativo[383]. Il quarto comma dell'art. 52 c.p. deve essere, invece, interpretato alla luce dei parametri costituzionali in modo tale da evitare qualsiasi tipo di censura[384]. Secondo un'altra dottrina la disposizione legislativa può, al contrario, essere interpretata nel senso che "l'agire per respingere qualcuno o qualcosa implica che ci si muova laddove ciò sia indispensabile a far fronte a detta situazione di rischio concreto"[385], e "l'atto del respingere richiede (…) che la reazione di colui che invoca la legittima difesa sia anche necessaria a contenere, nell'immediatezza, l'aggressione che viene portata al proprio diritto soggettivo, e che non si spinga oltre" e che non vada "aldilà del necessario, infatti, sta la ritorsione, non la difesa"[386], e "fuori da questo ambito di stretta necessità (…) non si agisce per respingere l'azione aggressiva, ma – casomai – per prevenire un eventuale pericolo di offesa ingiusta o per vendicarsi di una condotta che si ritiene esser stata lesiva di un nostro diritto"[387].

Un altro dubbio sollevato dalla riforma è se la violenza esercitata riguardi anche le cose e non sia diretta solo nei confronti delle persone[388]. Il quesito non è di semplice soluzione poiché, leggendo la norma, potrebbe portare il soggetto a cogliervi dei risultati logici apparentemente in contrasto con la Costituzione[389]. In realtà la tutela della vita e della libertà personale vengono catalogati come "interessi riferibili a principi costituzionali supremi"[390] e, al contrario, la proprietà, successivamente all'entrata in vigore della Costituzione, non può più essere definito un diritto inviolabile, pertanto viene "escluso che il diritto di proprietà possa venire inteso come dominio assoluto ed

---

[383] Sul punto, R. BARTOLI, *Verso la "legittima offesa?"Brevi considerazioni sulla riforma in itinere della legittima difesa*, in *Diritto penale contemporaneo, 1/2019*, p. 21-22. L'autore in questo scritto è chiaro ed afferma:«La presunzione/eliminazione del requisito della necessità di difendersi finisce per travolgere la legittima difesa. (…) Nel momento in cui si elimina la necessità di difendersi e si presume che la mera presenza illegittima nel domicilio è già di per sé pericolo di aggressione ad altri beni, salta il legame di aggressione e reazione con la conseguenza che la seconda può essere del tutto scollegata alla prima. (…) ciò che viene a mancare è la stessa "violenza illegale" prevista dalla lettera a) del comma 2 dell'art. 2 CEDU, contro cui è legittimo ricorrere alla forza».

[384] A. DI TULLIO D'ELISIIS, *op. cit*., p. 97.

[385] A. PAOLETTI, *Il disegno di legge sulla legittima difesa approvato dal Senato italiano il 24 ottobre 2018 e la possibilità di una difesa domiciliare sempre legittima*, 7 novembre 2018, *in www.diritto.it*

[386] *Ibidem*.

[387] *Ibidem.*

[388] A. DI TULLIO D'ELISIIS*, op. cit*., p. 97.

[389] "Se dalla finestra di casa mia vedo un soggetto che sta cercando di forzare il cancello per entrare nella mia proprietà, sparo e lo uccido prima che entri e forzi la porta di accesso alla mia abitazione, c'è la presunzione di legittima difesa, pertanto, non c'è reato", sul punto, V. MUSACCHIO, *Legittima difesa: così come è scritta sarà dichiarata incostituzionale*, in *www.articolo21.org.*, 2019.

[390] Corte. cost., 19 maggio 2014, n. 143, in *www.giurcost.org*.

illimitato sui beni propri"[391]. A ragion di logica, si può dedurre che la tutela del diritto di proprietà non può attivarsi a discapito dei principi costituzionali, di rango costituzionalmente superiore[392].

La violenza può consistere in qualsiasi comportamento volto a provocare danni a persone e anche a cose; nei confronti delle persone può consistere in percosse e violenza privata (costrizione di fare, tollerare o omettere qualcosa)[393].

Altro dubbio è se l'intrusione debba essere consumata o solamente tentata e la risposta propende maggiormente per la seconda opzione[394].

6. L'eccesso colposo nella legittima difesa speciale: ampliamento dei casi di non punibilità

Con la riforma del 2019 è ampliata anche la disciplina dell'eccesso colposo, anche se tale norma ha una funzione solamente residuale, partendo dal fatto che già il secondo, il terzo e il quarto comma dell'art. 52 c.p. abbracciano tutte le possibili ipotesi di legittima difesa[395]. Questa previsione potrebbe essere principale nel caso in cui le altre disposizioni venissero dichiarate costituzionalmente illegittime, quasi come se il legislatore avesse trovato una sorta di soluzione nel caso questo accadesse veramente[396]. Dunque chi difendendosi da una violenza "domestica" cada nella disciplina dell'eccesso colposo, non sarà punibile se ha agito per salvaguardare la propria o altrui incolumità e abbia agito in condizioni di minorata difesa o in stato di grave turbamento derivante dalla situazione di pericolo in atto[397].

---

[391] Corte cost., 9 maggio 1968, n. 55.
[392] A. DI TULLIO D'ELISIIS, *op. cit.*, p. 98.
[393] *Ibidem*.
[394] Intervento On. Dep. G. BARTOLOZZI, seduta n. 136 del 5 marzo 2019, Camera dei deputati, in *www.camera.it*. «La persona che sta dentro casa, che sta nel suo negozio, che sta in un luogo privato non può sapere prima cosa vuol fare l'aggressore: quindi se noi sentiamo l'introduzione di un grimaldello, un'alterazione per entrare a casa, alterazione della serratura, una forzatura, anche quello, anche il tentativo di ingresso deve consentire la reazione da parte di chi sta in una privata dimora».
[395] P. BEVERE, *op. cit.*, p. 83.
[396] Sul punto, R. BARTOLI, *op. cit*., p. 23. L'autore a tal proposito afferma che: «(…) a ben vedere, questa disposizione sembra essere la spia della cattiva coscienza del legislatore, il quale, ben consapevole che le norme che prevedono le presunzioni di proporzione e della necessità di difendersi sono destinate alla illegittimità costituzionale, ha aggiunto una disposizione che, riferendosi alle stesse ipotesi, dà rilievo ad altri fattori, risultando destinata ad operare proprio nell'ipotesi in cui le presunzioni siano dichiarate costituzionalmente illegittime o comunque interpretativamente neutralizzate».
[397] P. BEVERE*, op. cit*., p. 84.

Il requisito della salvaguardia della propria e altrui incolumità, è chiaramente riferito ad un pericolo attinente ai beni di carattere personale, perciò nel momento in cui un soggetto ecceda i limiti della legittima difesa domiciliare soltanto per salvaguardare dei beni di carattere patrimoniale, non potrà chiaramente giustificarsi in virtù dell'art. 55, comma 2, c.p.[398]

Viene, infatti, citato l'art. 61 c.p., ossia quello riguardante le circostanze aggravanti comuni, e in particolar modo il punto quinto, poiché anche esso oggetto di riforma nel 2019. Il testo precedente dichiarava: «(…) 5) l'avere profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa». Dopo la riforma del 2019 viene fatta un'aggiunta , introducendo «anche in riferimento all'età», aumentando così l'elenco delle circostanze applicabili.

È importante chiedersi con quale criterio valutare la colpa ed è altrettanto utile dare al giudice alcune linee guida da utilizzare per eseguire il vaglio della condotta di chi si è difeso[399].

Per quanto riguarda il requisito della minorata difesa, essa consiste nell'aver profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche con riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa ed è sufficiente la volontà e la coscienza del soggetto di esercitare l'azione in presenza di obiettive circostanze favorevoli e agevolatrici della condotta criminosa, senza che sia necessario l'approfittarsi con dolo specifico[400].

Le condizioni richieste non sono solo quelle oggettive, poiché il giudice è chiamato ad esercitare una valutazione caso per caso di tutte le circostanze che abbiano ridotto o comunque ostacolato la capacità di difesa della parte lesa, agevolando in concreto la commissione del reato[401]. Tali condizioni possono caratterizzarsi in una condizione particolare di debolezza fisica o psichica in cui si trovi la vittima del reato ed esse devono essere conosciute dall'agente del reato[402]. Come affermato dalla

---

[398] *Ibidem*.

[399] G. INSOLERA, *op. cit*., p. 22. Quando la norma esclude la punibilità "in presenza di un grave turbamento psichico derivante dalla situazione di pericolo" da una segnalazione al giudice molto rilevante poiché lo sprona a giudicare in maniera accurata la situazione del soggetto aggredito all'interno del proprio domicilio, in modo tale da poter effettuare un'accurata analisi dello stato emotivo del soggetto.

[400] P. BEVERE, *op. cit*., p. 87. Casi di scuola citati dall'autrice sono il luogo isolato e privo di illuminazione, le ore notturne caratterizzate da scarsa visibilità e lo stato di sonno in cui si viene sorpresi.

[401] Cass. pen., sez. II, 11 maggio 2016, n. 28795.

[402] Cass. pen., sez. II, 7 gennaio 2015, n. 13933.

giurisprudenza[403], la minorata difesa andrà accertata in concreto dal giudice di volta in volta.

Per quanto riguarda il "grave turbamento" per la sua connotazione psicologica, ha sollevato diverse critiche della dottrina poiché proprio perché la valutazione attiene a stati soggettivi, vi è una concreta possibilità di disparità negli esiti giudiziari[404]. Attiene alla sfera psicologica e dunque al piano soggettivo del fatto[405].

Ciò risulta però in contrasto con il principio generale sancito dall'art. 90 c.p., cioè quello dell'irrilevanza degli stati emotivi e passionali ai fini dell'accertamento della punibilità[406].

È assolutamente necessario che il turbamento sia grave. La dottrina più volte si è chiesta su che base giudicare la gravità del turbamento e nel passato la giurisprudenza aveva affermato che tale requisito "non può ricondursi a un criterio di carattere meramente soggettivo identificato dal solo timore o dal solo stato d'animo dell'agente"[407].

Si può affermare che lo stato di grave turbamento possa essere provato sia alle dichiarazioni effettuate dalla vittima del reato, dalla sua condotta in conseguenza di esso, non necessariamente attraverso la comparsa di risvolti di carattere patologico; sia dalla produzione di un certificato medico volto a comprovare la sussistenza di questo stato[408].

Il grave turbamento non può assolutamente consistere in ansie di scarso momento, tanto per quanto riguarda la loro durata, tanto in riferimento alla loro incidenza nella

---

[403] Cass. pen., sez. IV, 5 aprile 2018 (ud. 6 marzo 2018), n. 15214. Essa ha affermato che:«Solo un accertamento in concreto, caso per caso, delle condizioni che consentano, attraverso una complessiva valutazione, di ritenere effettivamente realizzata una diminuita capacità di difesa sia pubblica che privata è idoneo ad assicurare la coerenza dell'applicazione della circostanza aggravante con il suo fondamento giustificativo».Con la sentenza in esame, la Corte ha aderito al secondo orientamento evidenziando la necessità di garantire una più sicura rispondenza dell'aggravante al principio di offensività, poiché «all'interprete delle norme penali spetta il compito di renderle applicabili ai soli fatti concretamente offensivi».

[404] P. BEVERE, *op. cit*., p. 84.

[405] Sulle componenti psichiche della colpevolezza, anche per una sintesi della letteratura sul tema, v. per tutti, R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, p. 119 ss.

[406] P. BEVERE*, op. cit*., p. 85.

[407] Cass. pen., sez. I, 25 febbraio 2014, n. 28802. In senso conforme, Cass. pen., sez. V, 4 novembre 2009, n. 3507. È necessario che "siano doverosamente ritenute irrilevanti ansie di scarso momento, sia in ordine alla loro durata sia in ordine alla loro incidenza sul soggetto passivo, nonché timori immaginari o del tutto fantasiosi della vittima", sul punto, Corte. cost., 11 giugno 2004 (dep. 11 giugno 2004), n. 172.

[408] A. DI TULLIO D'ESILIIS, *op. cit*., p. 109.

vittima[409]. Esso deve essere l'effetto della situazione di pericolo in atto e tale pericolo deve necessariamente essere in atto e non in procinto di crearsi o quando esso sia già cessato[410].

Una recente sentenza della Corte di Cassazione[411], nel confermare la pronuncia della Corte di Appello rimettente, ha assolto dall'accusa di omicidio un soggetto che durante un furto notturno nella propria tabaccheria (adiacente all'abitazione), imbattutosi in uno dei ladri che fuggiva mentre gli altri complici caricavano la refurtiva nell'autovettura, lo colpiva con un unico colpo di pistola cagionandone la morte: i giudici hanno ritenuto che vi sia stato un errore sulla percezione della gravità della situazione, e hanno considerato tale errore come scusabile a causa dello stato di paura dell'aggredito; l'omicida è stato assolto.

La giurisprudenza ha così mostrato come gli obiettivi che hanno portato il legislatore a porre in essere la riforma, cioè impunità dell'aggredito ed esonero anche da responsabilità civile, possono essere ottenuti anche tramite un'applicazione intelligente delle norme vigenti[412].

7. Fraintendimenti e considerazioni conclusive

Le riforme sulla legittima difesa e il dibattito politico attorno a essa non hanno mancato di creare un terreno fertile per molti fraintendimenti.

Il primo fra tutti è sicuramente quello di aver fatto credere alla società che la difesa sia sempre legittima. Infatti se ciò fosse realmente vero, i magistrati non avrebbero nemmeno il dovere di accertare i fatti, le modalità e le circostanze e di effettuare un bilanciamento tra i vari interessi in gioco[413].

---

[409] *Ibidem*, p. 110.
[410] *Ibidem*.
[411] Cass. pen., sez. IV, 20 giugno 2018, n. 29515.
[412] Sul punto, G. L. GATTA, *Sulla legittima difesa "domiciliare": una sentenza emblematica della Cassazione (caso Birolo) e una riforma affrettata all'esame del Parlamento. A proposito di Cass. Sez. IV, 20 giugno2018, n. 29515, Pres. Fumu, Rel. Ferranti, ric. Ursu e della progettata riforma della legittima difesa domiciliare (DDL n. 5, 199, 234, 253, 392, 412, 563, 652 - testo unificato)*, in questa *Rivista*, 22 ottobre 2018.
[413] G. INSOLERA, *op. cit.*, p. 27. L'autore riporta il testo dell'Associazione Italiana dei professori di diritto penale durante i lavori preparatori alla riforma dell'art. 52 c.p.: «La riforma della legittima difesa deve essere conforme ai principi costituzionali e sovranazionali e non può ingannare i cittadini» e

Un altro fraintendimento è quello di credere che il vecchio art. 52 c.p. fosse sorto in un contesto di uno Stato autoritario, poco restio a concedere al singolo uno spazio autonomo nell'agire per difendersi da un'aggressione, a differenza, dello Stato odierno totalmente liberale e propenso a promuovere un "sacrosanto diritto di difesa"[414]. Ma a dirigere l'opinione nel giusto binario è la Corte di Cassazione che limita l'ambito della causa di giustificazione alla difesa della vita e l'integrità personale[415].

Il terzo fraintendimento è quello di credere che il diritto alla difesa sia un diritto assoluto, che prevale sul diritto alla vita e l'integrità fisica dell'aggressore, quasi introducendo nel pensiero comune una sorta di licenza ad uccidere, stravolgendo così il significato dell'esimente in esame[416]. Tale "diritto", in un paese governato dalla Costituzione, non può logicamente avere nulla a che vedere con la concessione da parte dello Stato di un diritto soggettivo "alla punizione" privata[417].

Se dobbiamo invece fare riferimento agli effetti culturali che ha scatenato la riforma, sicuramente dobbiamo accennare al presunto svilimento dei valori fondamentali (soprattutto quella della vita) che la nuova legge scatena. Sembra come se la vita degli onesti cittadini valga di più di quella dei delinquenti. Trasmette cioè il messaggio secondo cui, a fronte di un'aggressione nel domicilio, è cosa giusta, o comunque socialmente tollerata, arrivare a uccidere anche in presenza di un pericolo di offesa non proporzionato alla reazione difensiva e anche in assenza di una vera e propria necessità di uccidere, mossi dal sentimento di farsi giustizia da sé[418]. Ritenere che la difesa domiciliare sia sempre legittima è un pensiero molto quotato nella propaganda politica, quasi a far capire ai cittadini come chi governa il Paese si facciano carico dei beni diffusi della collettività[419].

«nessuna riforma potrà impedire indagini e processi, che si svolgono anche quando si uccide il cane del vicino».

[414] *Ibidem*, p. 28.

[415] *Ibidem*, p. 29.

[416] *Ibidem*, p. 32-33. L'autore, sostenendo la tesi del professor Padovani, afferma che la legittima difesa "piuttosto che di diritto del cittadino di difendersi, qui si tratti un'ipotesi eccezionale, in cui al cittadino viene riconosciuto il potere di usare la forza, compiendo, in via strettamente sussidiaria, un atto di forza che è normalmente riservato all'uso della forza legittima da parte dello Stato".

[417] *Ibidem*. Molto spesso il cittadino, credendo di avere un "diritto di difendersi" illimitato, fuoriesce dal penalmente lecito e ciò può portare a un dilatamento dell'uso delle armi e della violenza.

[418] G. L. GATTA, *La nuove legittima difesa sul domicilio*, *www.penalecontemporaneo.it,* 2019, p. 7.

[419] La riforma della legittima difesa rientra a pieno titolo nella modellistica della legislazione penale compulsiva che, come da qualche tempo evidenziato, non si cura della dogmatica, né tantomeno dei principi tanto cari alla dottrina. Si pone su binari ben distanti da questi sofismi, bensì su quelli dell'autopromozione della maggioranza politica di turno e si propone con modalità sgargianti, spesso

Poi in seguito sono da considerare gli effetti sulla prassi giuridica poiché i procedimenti penali nei quali viene in rilievo la legittima difesa domiciliare hanno una dimensione empirica inversamente proporzionale all'enfatizzazione politica e al clamore mediatico che ha accompagnato l'approvazione della riforma[420].

Il nostro sistema rifugge tendenzialmente da modelli di accertamento presuntivi e dal conseguente automatismo applicativo delle disposizioni che li contengono, a meno che non siano empiricamente fondati, sostenuti da ragionevoli esigenze preventive e sempre relativi, cioè aperti alla possibilità di essere contraddetti da chi ne abbia interesse, anche di fronte a una presunzione ragionevole è sempre ammessa prova contraria[421]. La giurisprudenza ha sottolineato più volte come l'utilizzo dell'avverbio "sempre" rafforzi solo all'apparenza le suddette previsioni della norma, lungi dal renderle assolute o dal generalizzare la sua operatività. La Corte sostiene che la difesa non è sempre legittima, ma al massimo è la legittima difesa a essere sempre legittima[422].

---

scomposte se non volgari, ma soprattutto prive di spessore. Quel che ne deriva è un diritto volutamente ambiguo, non comprensibile con le categorie degli scienziati del diritto. Sull'assimilazione della legge, anche penale, ad un bene di consumo dalla politica contemporanea , F. SGUBBI, *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, Padova, 2006.

[420] G. L. GATTA, *op. cit.,* p. 1.

[421] In dottrina si ritiene peraltro che la possibilità di una prova liberatoria in ordine alla sussistenza del pericolo nel caso concreto dovrebbe intendersi come condizione di legittimità della fattispecie di pericolo astratto. Si vedano, in argomento, le riflessioni di G. PARODI*, I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale,* Milano, 1990, p. 414; M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale,* in Dolcini-Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1415 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, p. 344 ss. Assai istruttiva anche la giurisprudenza costituzionale, ad esempio in materia di recidiva, cfr. sentenza n. 183 del 2011. Si veda altresì Corte cost., sent. n. 213 del 2013; ancor prima Corte cost., sent. n. 139 del 1982, ove si ritiene acquisita dalla Corte la doverosità di un controllo sulla presunzione di pericolosità, finalizzato a verificare se essa "non abbia fondamento nell*'id quod plerumque accidit"*, con la conseguenza di dare luogo a indiscriminate applicazioni rispetto a "situazioni che differiscono fra loro proprio negli aspetti cui la misura ragionevolmente può riferirsi". Si ricordi poi Corte cost., sent. n. 291 del 2010, secondo cui l*'id quod plerumque accidit* verrebbe meno quando sia "agevole formulare ipotesi di accertamenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa". Anche Corte cost., sent. n. 185 del 2015, ha rilevato che la presunzione è inficiata quando "ben possono ipotizzarsi accadimenti reali contrari alla generalizzazione presunta". Per non parlare dei casi in cui la Corte ritenne priva di ogni fondamento la presunzione della pericolosità sociale del minore di anni quattordici, per il quale, anzi, varrebbe forse la presunzione opposta (Corte cost., sent. n. 1 del 1971, confermata da sent. n. 139 del 1982). Si consideri, infine, la presunzione di adeguatezza della misura cautelare della custodia in carcere: come noto tale disciplina è stata demolita dalle pronunce di illegittimità che hanno colpito l'art. 275 c.p.p., comma 3. La Corte costituzionale (si vedano le sent. n. 213 del 2013 e n. 231 del 2011) ha constatato che la medesima fattispecie di reato presa in considerazione come presupposto dell'automatismo potesse in realtà assumere le più disparate connotazioni concrete, a molte delle quali ben potevano corrispondere esigenze cautelari esaudibili con misure meno afflittive del carcere.

[422] D. PULITANÒ, *Legittima difesa*, in *Dir. pen. cont. fasc. n.5/2019.*

Ci si chiede ulteriormente se, a seguito di questa riforma, sia stato violato l'obbligo di salvaguardia della vita e l'incolumità delle persone esplicitato nell'art 2 CEDU e ci si interroga se vi siano irragionevoli disparità di trattamento fra situazioni omologhe[423].

Anche se, per alcuni Autori, da esso si potrebbe già far discendere il dovere per il legislatore nazionale di prevedere norme che contengano i limiti dell'assoluta necessità e della stretta proporzione sia quando a ricorrere alla "forza letale" siano gli agenti statali, sia quando siano i comuni cittadini[424], tale referente normativo non riguarda, almeno ad oggi, i rapporti tra privati, bensì si rivolge allo Stato, gravandolo di un obbligo positivo di protezione della vita.[425]

Si è rilevato come l'estensibilità alle relazioni tra privati della garanzia di cui all'art. 2 venga proposta in dottrina non operando direttamente su questa norma, ma 'per analogia' rispetto all'applicazione di una diversa e successiva previsione, ovvero l'art. 3 (divieto della tortura).[426] Benché si debba tenere conto delle indubbie potenzialità evolutive del diritto alla vita nello specchio della Convenzione, allo stato non è possibile procedere ad una equiparazione automatica del piano privato e pubblico della tutela della vita, proprio perché la Corte, la cui giurisprudenza forma un corpo unitario con la lettera delle disposizioni che di volta in volta interpreta, non ha ancora avviato un'interpretazione evolutiva dell'art. 2[427].

In ogni caso, si richiede all'interprete di essere vincolato ai principi costituzionali e internazionali, che impogono un ponderato bilanciamento fra la tutela dell'aggredito e il bene vita dell'aggressore.

Dopo aver analizzato ed esaminato dettagliatamente l'istituto della legittima difesa in Italia, ci si dedicherà a uno studio comparatistico relativo all'evoluzione e la disciplina

---

[423] D. NOTARO*, op. cit.*, p. 346

[424] In questo senso, R. BARTOLI, *Verso la "legittima offesa"?,* in *Dir. pen. cont*., 2019, p. 20. Benché già dopo la riforma del 2006 si fosse ritenuta costituzionalmente e convenzionalmente illegittima una norma che consentisse l'uccisione di un uomo quando quest'ultimo si limitasse ad attentare al patrimonio altrui, poiché tale condotta ancora non integrava la violenza illegittima di cui all'art. 2 comma 2, lett. a) CEDU, tra i molti Autori, F. VIGANÒ, *Sulla 'nuova' legittima difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 215, per altri Autori, appartenenti ad una dottrina minoritaria, invece, l'art. 2 riguarderebbe esclusivamente l'azione dei poteri pubblici, posto che la norma fonda obblighi generali solo per gli Stati contraenti e dunque anche le eccezioni da questo stesso articolo contemplate non possono che avere i medesimi destinatari, cfr. V. PLANTAMURA, *L'omicidio per legittima difesa*, *II parte*, in *Archivio penale*, 2015, p. 7.

[425] F. CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55* c.p., in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, p. 14.

[426] F. CONSULICH, *op. cit.*, p. 14.

[427] A. GARGANI, *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali: il problematico confronto con l'art. 2 Cedu*, in *Legislazione penale on line*, 2019, p. 10.

della scriminante in esame in un ordinamento giuridico geograficamente molto vicino a noi, ossia quello tedesco.

Capitolo III

LA LEGITTIMA DIFESA IN GERMANIA

SOMMARIO: 1. Approccio comparatistico in chiave generale – 2. Il codice penale tedesco; 2.1. Struttura; 2.2. Ambito di applicazione; 2.3. Origini – 3. La Costituzione tedesca. – 4. § 32 StGB: *Notwehr*; 4.1. La condizione di "necessità" difensiva; 4.2. L'attualità dell'aggressione; 4.3. La difesa preventiva; 4.4. Il mancato requisito espresso della proporzione. – 5. § 33 *Uberschreitung der Notwehr*: l'eccesso di legittima difesa. 6. Brevi cenni sulla legittima difesa in altri ordinamenti

1. Approccio comparatistico in chiave generale

La disciplina della legittima difesa differisce, di volta in volta, nei vari Stati europei, quantomeno nella posizione formale dei rispettivi presupposti[428].

Anche i codici penali stranieri, per parlare di legittima difesa ed escludere la pena, richiedono la presenza dei tre presupposti fondamentali, cioè l'ingiustizia dell'aggressione, la necessità di reagire per proteggere il bene aggredito e un certo rapporto di proporzione tra reazione e aggressione; vengono di solito fissati anche eccezioni alla regola in cui la legittima difesa viene presunta[429].

Analizzando le discipline dei vari ordinamenti si può costatare come alcuni di essi prevedano una tutela specifica per coloro che subiscono le aggressioni all'interno del

[428] D. NOTARO, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettiv*e, Torino, 2020, p. 97. Una siffatta constatazione si ritrova anche in J.A. HESSBRUEGGE*, Human Rights and Personal Self-Defence*, in *International Law*, New York-Oxford, 2017, p. 28ss.

[429] G. INSOLERA, *Quando la difesa è legittima? Il diritto della paura e la paura del diritto*, Azzate, 2020, p. 46.

proprio domicilio, altri prevedano solamente una tutela generale e un'esenzione da pena per coloro che vantino sconvolgimenti emotivi tipiche di chi sia colpito a sorpresa; alcuni ordinamenti danno rilievo alla condizione psicologica dell'aggredito al fine di giudicare il comportamento scusabile, mentre altri tendono a sottovalutarlo[430].

Per quanto riguarda i requisiti dell'ingiustizia e della necessità non vi sono particolari problematiche, infatti in tutti gli ordinamenti l'aggressione è dichiarata in maniera espressa o implicita e non è mai stato terreno fertile per difficoltà interpretative, essendo essa ritenuta palesemente ingiusta qualsiasi tipo di aggressione non tollerata da qualche disposizione di legge all'interno dell'ordinamento[431].

Per quanto attiene al requisito della necessità, essa è considerata decisamente fondamentale per poter fare una valutazione dei mezzi utilizzati dal soggetto per difendersi: infatti la legge preferisce che la vittima utilizzi i mezzi meno invasivi possibili per allontanare il pericolo[432].

L'elemento che crea qualche discrepanza è la previsione della necessaria proporzionalità. Come abbiamo ampiamente visto nei capitoli precedenti, il codice penale italiano la richiama espressamente nell'art. 52 c.p. come requisito essenziale, e lo stesso fanno il codice norvegese e svizzero; nel codice sloveno la proporzionalità è inglobata nel requisito della stretta necessità di difendersi mentre in altri ordinamenti, come quello tedesco e portoghese, le norme sulla legittima difesa non prendono in considerazione il requisito della proporzione, ma l'apparenza non deve trarre in inganno[433].

---

[430] D. NOTARO, *op. cit*., p. 98. La disciplina della legittima difesa adottata dai vari codici appare non trincerata in schemi rigidi e ricorrenti.

[431] G. INSOLERA, *op. cit.*, p. 46-47. L'autore riporta l'esempio di un soggetto che decida di invocare la legittima difesa nei confronti dei poliziotti che, dopo averlo scoperto in flagranza di reato, lo ammanettino e lui decida di reagire all'arresto, colpendo uno dei due in maniera violenta. In nessun paese sarebbe riconosciuta la legittima difesa a favore dell'aggressore.

[432] A tal proposito il codice penale austriaco esclude l'applicabilità dell'esimente nel caso in cui risulti chiaro ed evidente che alla vittima dell'aggressione è minacciato soltanto un bene di lieve entità e la sua difesa non può provocare un'eccessiva incidenza sui beni dell'aggressore. Sul punto, G. INSOLERA, *op. cit*., p. 47.

[433] *Ibidem*, p. 47-48. Dottrina e giurisprudenza di questi due paesi hanno cercato di colmare il vuoto legislativo sul requisito della proporzionalità. Ad oggi il requisito è assolutamente riconosciuto come fondamento implicito della causa di giustificazione in esame, proprio al fine di scongiurare il più possibile qualsiasi possibilità di abuso dei mezzi per difendersi ed evitare qualsiasi forma di in discriminazione a discapito della vita dell'aggressore. Non è infrequente che i codici penali rendano più flessibile il vincolo della proporzionalità attraverso l'introduzione di clausole o prevedano cause di non punibilità riferite allo schema delle cause scusanti e non delle cause di giustificazione.

Come si è potuto ben vedere dai casi di cronaca, le scelte legislative che hanno optato per il travalica mento dei classici limiti/requisiti della legittima difesa potrebbero apparire quasi in contrasto con i principi di civiltà giuridica costitutivi della tradizione liberale italiana, che ha dimostrato un tasso di violenza enormemente più basso rispetto a quei Paesi che, invece, hanno voluto preferire la "giustizia fai da te" del soggetto aggredito[434].

Gli interventi posti in essere dal legislatore italiano, prima nel 2006 e poi nel 2019, non sono stati gli unici casi di riforme avvenute nel contesto legislativo europeo e internazionale, in materia di legittima difesa. Comparare le varie esperienze normative dei vari Paesi è utile per comprendere sia se le fattispecie previste da altri ordinamenti siano sovrapponibili a quelle regolate in Italia, sia se alcuni modelli stranieri possano fungere da punti di riferimento per l'esperienza italiana[435].

Occuparsi di diritto comparato è un grande impegno: comparare due diritti non significa semplicemente mettere a confronto tra loro le norme astratte di due sistemi giuridici, ma richiede lo studio e l'analisi anche delle situazioni sociali esistenti in tale Paese e le modalità con cui il diritto viene applicato all'interno della realtà sociale[436]. Se si vuole fare diritto comparato, risulta necessario conoscere anche i meccanismi di controllo sociale, oltre a quelli della giustizia ufficiale[437].

2. Il codice penale tedesco: lo *Strafgesetzbuch*

2.1. Struttura

La parte generale (*Allgemeiner Teil*) del codice è dedicata a tutta quella parte della disciplina che regola i presupposti della responsabilità penale, gli elementi costitutivi del reato e le rispettive sanzioni e importi dovuti per ogni tipo d'infrazione. In questa

[434] *Ibidem*, p. 61.
[435] *Ibidem*, p. 49.
[436] M. MAIWALD, *L'evoluzione del diritto penale tedesco, in un confronto con il sistema italiano, a cura di Vincenzo Militello*, Torino, 1993, p. 11.
[437] *Ibidem*.

parte del codice sono contenute quelle disposizioni di carattere generale che possono essere applicate a tutti i tipi di reati, cioè la disciplina del tentativo, quella dell'area di validità della legge, la difesa necessaria, le definizioni concernenti il diritto, le norme che regolano la capacità di essere colpevole, gli statuti delle limitazioni, la perpetrazioni e l'incitamento e infine le disposizioni generali per le pene.

Nei primi ottanta articoli del codice sono contenute quelle norme generali applicabili a qualsiasi tipo di reato, come ad esempio le norme che riguardano le forme di partecipazione al reato, le cause di giustificazione e la prescrizione. In questa parte, infatti, troviamo l'istituto della legittima difesa.

La parte speciale invece è dedicata a tutte quelle disposizioni riguardanti nello specifico il trattamento di tutti i singoli reati, divisi in tante varie categorie in base al bene giuridico tutelato offeso o messo in pericolo dalla condotta del soggetto agente. In questa parte del codice ai reati viene data una chiara definizione e viene collegata una precisa pena corrispondente. Qui troviamo i reati contro l'autodeterminazione sessuale, contro la vita, contro l'integrità fisica, contro la libertà personale, il furto, l'appropriazione indebita, la rapina, la truffa e tanti altri ancora. Tanto la parte speciale quanto la parte generale sono divise in titoli.

2.2. Ambito di applicazione

Il codice è caratterizzato dal principio della sovranità territoriale e dunque si applica a tutti i reati compiuti sul territorio tedesco.

Oltre al diritto penale statale, contenuto all'interno del codice penale, esiste una normativa piuttosto ridotta di derivazione regionale, cioè il diritto creato dai *Länder*[438].

Essendo la Germania una Repubblica Federale, ogni *Länder* è caratterizzato da una completa indipendenza normativa fintanto e nella misura in cui lo Stato non si avvalga della riserva di legge, manifestazione del principio della sovranità statale[439].

---

[438] Sono le entità politiche e amministrative la cui unione forma la Repubblica Federale della Germania e sono in tutto sedici: Schleswig-Holstein, Amburgo, Meclemburgo-Pomerania Anteriore, Brema, Brandeburgo, Berlino, Bassa Sassonia, Sassonia-Anhalt, Sassonia, Renania Settentrionale-Vestfalia, Turingia, Assia, Renania-Palatinato, Saarland, Baviera e infine Baden-Württemberg. Essi hanno una propria costituzione e un'ampia sovranità.

[439] Gli articoli 70-75 della Costituzione tedesca ("*Grundgesetz für die BundesRepublick Deutschland)* disciplinano la legislazione federale e la ripartizione delle competenze legislative tra Federazione e

La parte generale del codice viene applicata anche alla formazione del diritto dei Länder, che nel concreto si trovano ad avere un limitato margine di discrezionalità nella creazione di norme di diritto penale proprio perché la funzione legislativa è gestita principalmente a livello federale.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione temporale, anche in Germania viene applicato il brocardo latino *"nullum crimen,nulla poena sine lege"*[440], espressione del principio di tassatività e irretroattività della legge penale. Infatti, come è stabilito anche nel nostro codice penale italiano[441], «nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato»[442]. La tassatività e l'irretroattività della legge penale sono ritenute assolutamente fondamentali per il diritto penale, sia tedesco sia italiano, e non è un caso che si trovino in apertura di entrambi i codici[443].

Länder. L'art. 71 dice: «Nell'ambito della competenza legislativa esclusiva della Federazione, i *Länder* hanno il potere di legiferare solo quando e nella misura in cui una legge federale li autorizzi espressamente». L'art. 72 comma 1 dice: «Nell'ambito della competenza legislativa concorrente, i Länder hanno il potere di legiferare solo fino a quando e nella misura in cui la Federazione non eserciti la propria competenza legislativa»,(la traduzione italiana pubblicata in *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea,* a cura di E. PALICI DI SUNI PRAT, F. CASSELLA, M. COMBA, Padova, 1998).

[440] Il principio afferma che nessuno può essere punito solo perché considerato socialmente pericoloso ma deve aver necessariamente commesso un reato, previsto specificatamente dalla legge prima del fatto commesso. Sul punto, M. GRÜNHUT, *The divelopment of the German Penal System* 1920-1921, in *«The Canadian Bar Review»,* 1944, p. 198-252.

[441] Il richiamo al principio di tassatività si trova all'art. 1 del nostro codice penale e dice: «Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite». Per quanto riguarda il principio di irretroattività, esso trova la propria fonte all'interno dell'art. 11 delle Preleggi, stabilendo che la legge non dispone che per l'avvenire, e all'art. 25 della nostra Costituzione: «Nessuno può essere punito se in forza di una legge che è entrata in vigore prima del fatto commesso».

[442] Cod. pen., art. 2, comma 1.

[443] Il primo articolo dello *Strafgesetzbuch,* intitolato "*Keine Strafe ohne Gesetz"* , tradotto dice: «Nessuna punizione senza legge. Un atto può incorrere in una sanzione solo se la responsabilità penale è stata stabilita dalla legge prima che l'atto sia stato commesso". Il secondo articolo, intitolato *"Zeitliche Geltung*" ("validità temporale") prosegue affermando che:«La sanzione e le eventuali conseguenze giuridiche accessorie sono determinate dalla legge in vigore al momento dell'atto". Cfr. S. VINCIGUERRA, *Il codice penale tedesco*, II, Padova, 2003.

2.3. Origini

Lo *Strafgezetzbuch* risale al Codice penale dell'impero tedesco approvato il 15 maggio 1871 nel *Reichstag*, cioè il Parlamento del Reich, e il suo nome originario era Codice Penale del Reich tedesco, che entrò ufficialmente in vigore il 1° gennaio 1872[444].

Ma per capire come si è raggiunto il risultato legislativo odierno, è necessario partire dalla basi e capire come la dottrina e la filosofia tedesca abbiano influito sulla creazione della disciplina odierna sulla legittima difesa.

L'illuminismo tedesco cercò in molti modi di dare prevalenza al bene vita del ladro a discapito della proprietà dell'aggredito, posizione ampiamente contestata dalla dottrina dominante cristiana che considerava non punibile il proprietario che con la forza avesse protetto il proprio bene nei confronti del fuggitivo, richiamando la pericolosità dell'aggressore (unica eccezione data per i beni di poco conto)[445].

Successivamente alla pubblicazione di Beccaria dell'opera '*Dei delitti e delle pene'*, viene pubblicato il trattato di Hans Ernst von Globig e Johann Georg Huster, in cui si afferma che la "giusta legittima difesa" sia quella che implichi la perdita di "piacevolezza" della vita, della salute, della libertà e la difesa personale è ammessa solo quando l'aggressione del patrimonio porterebbe il titolare dei beni sottratti alla povertà[446]. Nello stesso periodo viene pubblicata l'opera di Julius Friedrich von Soden, muovendosi in una prospettiva più favorevole per la vita del ladro[447]. I diritti del ladro vengono fatti valere anche da Ernst Carl Wieland, considerando il dovere di autoconservazione come qualcosa che miri a soddisfare i nostri bisogni primari e

---

[444] M. MAIWALD, *op. cit.*, p. 13. La normativa contenuto nel paragrafo 32 e 33 del codice penale tedesco è rimasta invariata, a parte il linguaggio, già dal codice penale prussiano del 1851. Sul punto, G. INSOLERA, *op. cit.*, p. 127.

[445] Boehmer sosteneva che il giudizio di proporzione andasse effettuato alla luce della "sicurezza" e non della "lesione". La sicurezza è collegata alle leggi in maniera implicita, mettendo a morte ladri e rapinatori. Sul punto, *Ibidem*, p. 111.

[446] *Ibidem*, p. 112.

[447] Egli polemizza i "criminalisti", cioè quelli che ritengono la difesa mortale assolutamente necessaria per tutelare i beni. Egli infatti afferma: «Essi (i criminalisti) dimenticano che nessun bene temporale è confrontabile con la vita di un essere umano. Essi dimenticano che in tal modo, per miserabili piccolezze, sacrificano la vita dei cittadini. Avrebbero almeno dovuto stabilire che la perdita dell'intero o al limite della maggior parte del patrimonio dell'aggredito dovrebbe essere stata in gioco, che questa perdita dovrebbe aver ridotto in miseria lui e la sua famiglia. Al di fuori di questi casi, non osi il proprietario macchiare le sue mani con il sangue del suo fratello – che nessun oro può bilanciare. Sebbene ancora adesso le leggi lo risparmino, sarà chiesta un giorno vendetta contro di lui, là dove non vale più alcun bene terreno», J. F. VON SODEN, *Geist der teutschen Criminal-Geseze*, 1783, p. 161.

naturali, stabilendo che nella legittima difesa, oltre alla vita, possono essere difesi anche altri beni[448].

Nel 1786 venne redatto il "*Progetto di un codice generale per gli stati prussiani*" ma esso non riuscì a imporsi e il criterio "dell'intero ovvero di una parte considerevole del patrimonio" fu sostituita dalla locuzione "stato di necessità per la vita"[449].

Un autore molto importante per lo sviluppo della scienza penalistica tedesca fu Feuerbach, che nella sua prima edizione dell'opera '*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts'* esprime la sua tendenza a voler rafforzare i diritti dei cittadini tramite la legittima difesa a discapito della vita dei ladri o dei rapinatori[450]. L'inasprimento della politica criminale repressiva sulla legittima difesa attuata allo scopo di difendere la proprietà fu dovuto a un caso di notevole cronaca, ossia il caso Exner[451], tanto che da esso Karl Wilhelm Friedrich Grattenauer ne scrisse una monografia dichiarandosi assolutamente contrario alla posizione del giudice e dichiarando che non ci fosse legittima difesa, infatti, secondo l'autore, la categoria dei "banditi, esiliati o espulsi" deve essere considerata "priva di diritti", poiché se lo Stato

---

[448] Per Wieland, la posizione dell'aggredito conta molto per stabilire il requisito della proporzione e afferma:«Questo valore proporzionato di un bene non può però essere oggetto di giudizio e di valutazione altro che con riferimento allo stato di felicità e alle reazioni esterne del suo proprietario», E. C. WIELAND, *Geist der peinlichen Gesetze*, 1784, p. 132. L'autore distingue i beni tra dispensabili e non dispensabili per l'autoconservazione e la protezione tramite legittima difesa dei beni o della proprietà passa in secondo piano rispetto alla protezione vita. Sul punto si veda anche, G. INSOLERA, *op. cit.,* p. 113-114.

[449] *Ibidem*, p. 115.

[450] *Ibidem*. Feuerbach nella sua opera afferma:«L'uso della forza da parte di un cittadino per la protezione dei suoi diritti contro un'aggressione iniziata in una situazione in cui la protezione dello Stato è impossibile, si chiama legittima difesa (*moderamen inculpatae tutelae*). Un'offesa dell'altro per legittima difesa pertanto non costituisce (…) affatto un reato (*Verbrechen*). Pertanto si richiede 1) che l'aggressione respinta sia ingiusta, 2) attuale *(laesio incoata*), 3) inaspettata e 4) tesa a offendere un bene che è in sé insostituibile o che potrebbe alla luce delle condizioni individuali dell'aggressione attuale (sulla base della probabilità) andare perduto irreparabilmente. Perché nel caso contrario può essere riprodotta la condizione di integrità con l'aiuto dello Stato in un secondo momento. Pertanto (…) un'aggressione ai beni materiali fonda il diritto alla legittima difesa solo nel caso in cui il suo compimento comporterebbe il pericolo della perdita irrecuperabile», P.J.A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts,* Gießen, 1847, p. 36ss. L'autore prosegue affermando:«Per il possessore fondato il diritto alla legittima difesa contro il ladro. Tuttavia ho incondizionatamente il diritto di uccidere chi trovi di notte nella mia casa con l'intenzione di rubare. Nel caso di uccisione verificatasi in questa condizione non ho bisogno di provare i requisiti della legittima difesa, ma solo il soggiorno notturno dell'altro nella mia abitazione con l'intenzione di rubare», *Ibidem*, p. 282ss.

[451] Egli era un deportato dallo Stato prussiano all'inizio del XIX secolo in Siberia. Egli riuscì a fuggire dai custodi e cercò di ritornare in Prussia. Durante la fuga, cercò di nascondersi all'interno dell'abitazione di un mugnaio, che lo uccise. Il giudice riconobbe la legittima difesa del proprietario. Sul punto vedasi, G. INSOLERA, *op. cit*., p. 118.

ritiene non degne di protezione certe persone, allora queste devono essere assolutamente collocate fuori dal diritto, soprattutto quello penale[452].

Nel 1847 venne redatto il *Progetto di un codice penale prussiano*, dove si riscontrò nuovamente la concezione della legittima difesa in cui viene distinta l'aggressione rivolta alla persona e quella al patrimonio, dove la prima viene considerata sicuramente non priva di sanzione[453]. Sull'eliminazione di tali limitazioni per la vittima del crimine ci fu una proposta della Commissione nel 1948 e a tal proposito si espresse in modo contrario il Ministro della Giustizia, che a quel tempo era Friedrich Carl von Savigny[454].

3. La Costituzione tedesca

La Costituzione in Germania prende il nome di *Grundgesetz* ed è considerata la Legge Fondamentale della Repubblica Federale di Germania. È stata redatta dal Consiglio Parlamentare (*Parlamentarischer Rat)* e pone le basi per uno Stato basato sul federalismo e la democrazia, impresa che era già stata tentata dalla Repubblica di Weimar[455] ma poi purtroppo bloccata per lunghi dodici anni a causa del nazismo[456].

Il Consiglio, chiamato alla redazione della legge, era composto da soli settanti individui ed originariamente era stato chiamato semplicemente a dar vita a una carta provvisoria e non alla redazione di una vera e propria Costituzione, infatti il compito non era stato affidato a un'Assemblea Costituente (*Nationalversammlung*) ma a un ridotto Consiglio[457].

---

[452] L'autore in merito al requisito della proporzionalità afferma:«Il contenuto del diritto minacciato e offeso non rileva per nulla. Ogni diritto, anche il più piccolo quanto a estensione, può giustificare giuridicamente la legittima difesa, addirittura fino all'eliminazione dell'aggressore, se la sua conservazione può essere ottenuta realmente solo in tal modo», *Ibidem*, p. 120.

[453] Se il difensore colpisce il ladro in fuga, sarà punibile. *Ibidem*, p. 124.

[454] Savigny afferma:«Se un ladro ha preso qualcosa, il derubato lo scopre e lo insegue, il ladro però corre più veloce e quello si accorge che non lo può raggiungere, gli spara e lo colpisce a morte, in tal caso egli non si deve per l'appunto esporre al pericolo di uccidere il ladro, deve astenersi dall'impiegare l'arma da fuoco», *Ibidem*, p. 125.

[455] È la denominazione non ufficiale con cui normalmente viene indicato il *Reich* tedesco nel periodo che va dal novembre 1918 al 1933. Deve il suo nome alla città di Weimar, dove si riunì l'assemblea nazionale per redigere una nuova costituzione dopo la sconfitta tedesca nella prima guerra mondiale. Cfr. C. CORNELISSEN, G. D'OTTAVIO, *La Repubblica di Weimar: democrazia e modernità,* Torino, 2021.

[456] M. MAIWALD, *op. cit*., p. 39ss.

[457] I componenti di tale consiglio non erano stati eletti dal popolo ma erano semplici delegati scelti dai parlamentari dei *Länder* della Germania ovest. Nessuno avrebbe mai pensato che questa sarebbe poi

Quando fu promulgata, cioè il 23 maggio 1949, entrò in vigore soltanto nella parte della Germania Ovest e venne considerata provvisoria, in quanto si era in attesa che la Germania si riunisse e infatti proprio per questo motivo, inizialmente, non venne chiamata "Costituzione"[458]. Secondo un sondaggio eseguito nel giugno del 1949 nella zona di occupazione americana, solo il 39% dei tedeschi affermava di essere a conoscenza della promulgazione della Legge Fondamentale per la Germania occidentale e tra di loro solo il 17% sapeva indicarne il contenuto[459].

I tedeschi continuavano a non vedere di buon occhio il sistema democratico e ciò è confermato, per l'ennesima volta, dai dati dei sondaggi americani che dimostrano come un tedesco su tre ancora riteneva che gli ebrei non dovessero godere degli stessi diritti degli altri cittadini[460].

Nel corso di tutto questo tempo numerose sono state le revisioni costituzionali subite dalla Legge ma si può sostenere che l'impianto di base è da sempre rimasto il medesimo, tanto da un punto di vista di garanzie costituzionali offerte, tanto dal lato dell'organizzazione dello Stato, almeno fino a quando non ci furono le significative riforme del federalismo avvenute tra il 2006 e il 2009.

La Legge Fondamentale è considerata un testo legislativo molto longevo. Essa si compone di varie parti. Nello specifico, i primi diciannove articoli elencano i diritti fondamentali, tra cui spicca in primis l'intangibilità della dignità umana e l'inviolabilità e l'inalienabilità dei diritti umani[461]. Di seguito poi vengono disciplinati tutti i diritti di

---

diventata la Legge Fondamentale della Repubblica Federale della Germania. Per maggiori dettagli consultare, G. SPADOLINI, *Le costituzioni federali di civil law dell'Europa. La Repubblica Federale di Germania*, in *Rivista online della Biblioteca "Giovanni Spadolini"*, a cura del Settore orientamento e informazioni bibliografiche, n. 39, giugno 2017, in *senato.it*.

[458] Vennero subito denunciate le carenze del procedimento con cui la Legge era venuta alla luce e un professore di diritto pubblico dell'Università di Gottinga affermò: «Davvero di rado una costituzione dell'Europa occidentale è venuta alla luce in modo tanto opaco», sul punto W. WEBER, Weimarer *Verfassung und Bonner Grundgesetz*, Göttingen, 1949, p. 9.

[459] A. J MERRITT, R. MERRITT, *Public opinion in Occupied Germany,* Chicago, 1970, p. 315.

[460] A. J. MERRITT, R. MERRITT, *op. cit.,* p. 40. Quando la Germania si riunì, si decise di mantenere la costituzione occidentale e la parte Ovest iniziò a professarsi come unica erede del Reich tedesco. L'unificazione avvenne estendendo la lista dei *Länder* nel dettame costituzionale e così la Germania dell'Est entrò a far parte così della Repubblica Federale Tedesca. A differenza della Costituzione di Weimar, che aveva guidato la Germania tra la prima guerra mondiale e la dittatura fino al 1933, nella *Grundgesetz* i diritti umani non sono considerati semplici obiettivi legislativi da raggiungere o finalità generali da perseguire, ma al contrario vengono espressamente dichiarati come vere e proprie garanzie e tutele da trovare esplicitamente all'interno della Costituzione.

[461] Art. 1, comma 1: «La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla» e il secondo comma prosegue dicendo:«Il popolo tedesco riconosce gli inviolabili e inalienabili diritti dell'uomo come fondamento di ogni comunità umana, della pace e della giustizia nel

libertà degli individui[462] e il principio di uguaglianza[463]. Successivamente vengono richiamati i principi di libertà di pensiero, coscienza e religione.
La Costituzione tedesca sembra non essere così diversa, in termini di contenuti, dalla nostra Costituzione Italiana.

4. § 32 StGB: Notwehr

Il paragrafo 32 del codice penale tedesco[464] afferma:«Chi commette un fatto imposto dalla legittima difesa non agisce in maniera antigiuridica. La legittima difesa è la difesa necessaria per respingere da sé o da altri un'aggressione attuale e antigiuridica»[465].
Il primo comma dispone genericamente che chi commette un'azione in una situazione di legittima difesa non è perseguibile dalla legge poiché non agisce attraverso una condotta antigiuridica; il secondo comma va a dare una connotazione più specifica di ciò che si intende in Germania per legittima difesa poiché utilizza l'aggettivo "necessaria", intendendola come una forma di difesa che si esercita per evitare un'aggressione a sé o ad altri considerata tanto attuale quanto antigiuridica. Dunque chi agisce per legittima difesa non pone in essere un'azione antigiuridica[466].

---

mondo», (traduzione italiana pubblicata in *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, a cura di E. PALICI DI SUNI PRAT, F. CASSELLA e M. COMBA, Padova, 1998).

[462] Art. 2 comma 1: «Ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l'ordinamento costituzionale o la legge morale» e il secondo comma prosegue dicendo:«Ognuno ha diritto alla vita e all'integrità fisica. La libertà della persona è inviolabile. Solo la legge può limitare questi diritti», (traduzione italiana in *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea).*

[463] Art. 3 comma 1: «Tutti gli uomini sono uguali di fronte alla legge» e il terzo comma prosegue dicendo: « Nessuno può essere discriminato o favorito per il suo sesso, per la sua nascita, per la sua razza, per la sua lingua, per la sua nazionalità o provenienza, per la sua fede, per le sue opinioni religiose o politiche. Nessuno può essere discriminato a causa di un suo handicap», (traduzione italiana in *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea).*

[464] § 32StGB:«*Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig. Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden*».

[465] V. PLANTAMURA, *L'omicidio per legittima difesa (II parte),* in *Archivio Penale*, 2015, p. 1.

[466] "Non viene esclusa *ab origine* l'antigiuridicità del fatto, ma, quest'ultimo non viene punito, difettando nell'agente la colpevolezza, non meritando egli alcun rimprovero, essendo inesigibile un diverso comportamento: nel classico caso dell'omicidio di un ladro introdottosi nottetempo in un'abitazione, la dottrina è propensa a riconoscere la non punibilità dell'omicida, nonostante l'antigiuridicità del fatto, per mancanza di colpevolezza", sul punto, P. BEVERE, *La legittima difesa. Aggiornato alla legge del 26 aprile 2019, n. 36,* Torino, 2019, p. 122.

Già da molto tempo la scienza penalistica tedesca discute tanto della posizione sistematica della legittima difesa quanto del suo contenuto materiale e vi è un gran numero di sentenze in materia, poiché non è mai stata cosa rara che un individuo debba difendersi da un attacco illecito altrui[467].

L'ordinamento tedesco prevede due limiti affinché le azioni del soggetto siano coperte dalla scriminante: l'esistenza del pericolo imminente e la necessità della reazione, senza, però, fare alcun riferimento al requisito della proporzionalità tra offesa e difesa[468]. Tale elemento è stato ricavato in via interpretativa dalla giurisprudenza tedesca, partendo dal presupposto che la necessità difensiva è ritenuta un pilastro fondamentale della legittima difesa, infatti la parola *Notwehr* (legittima difesa) nella lingua tedesca appare composta da *Not* (necessità) e *Wehr* (difesa)[469].

Il codice penale della Repubblica Federale Tedesca non prevede in termini espliciti il requisito della proporzionalità, ma negli scorsi decenni, tanto giurisprudenza quanto dottrina hanno dato un'interpretazione della legittima difesa sempre più nel senso di richiedere un minimo di proporzionalità fra il bene offeso dall'atto difensivo e quello che l'aggressione minaccia di offendere[470].

All'interno dell'ordinamento tedesco la legittima difesa rappresenta il punto di incontro tra la dimensione individuale, parastatuale, dell'autoconservazione e quella generale o meta individuale di lotta del Diritto contro il Torto, per il quale la legittima difesa è il contributo del singolo aggredito alla riaffermazione dell'ordine della legge, violato dall'ingiusto aggressore[471].

La disciplina della scriminante ha come scopo quello di garantire la tutela di un particolare diritto esposto ad una aggressione attuale, abbracciando una visione dell'uomo come intrinsecamente portatore di un valore positivo nella sua costante tensione alla realizzazione della *res iusta* nella società[472].

Il primo elemento che spicca subito all'occhio, soprattutto eseguendo un'analisi comparatistica con la normativa italiana, è la mancanza dell'elemento della proporzionalità o comunque l'assenza di qualsiasi tipo di richiamo, fra i limiti del diritto

---

[467] M. MAIWALD, *op. cit*., p. 45.
[468] *Ibidem.*
[469] *Ibidem.*
[470] M. MAIWALD, *op. cit*., p. 45.
[471] T. RONNAU, Vor § 32, in *Leipziger Kommentar*, XII ed., Berlino, 2006, p. 106.
[472] M. RONCO, voce *«Legittima difesa»* in *Digesto delle discipline penalistiche, Agg.,* IV, Torino, 2008, p. 641 e p. 645.

di autodifesa, al rapporto fra offesa e difesa[473]. Sembra come se nella visione del legislatore tedesco, al momento della redazione del codice, non fosse assolutamente necessario prendere in considerazione questo requisito.

Con la figura in esame, preme al legislatore d'Oltralpe assicurare il diritto dell'aggredito a salvaguardare qualunque bene proprio o altrui, purché di portata individuale[474] ma allo stesso tempo rileva l'esigenza di far sì che l'ordinamento non ceda all'illecito[475].

Un altro elemento che si nota dopo la lettura dell'articolo è il termine usato per indicare l'ambito cronologico all'interno del quale può definirsi legittima la reazione difensiva posta in essere dalla vittima. Il termine utilizzato dal codice tedesco è "*Agriff"* che letteralmente significa "attacco". In realtà ci si sarebbe aspettato più generalmente di trovare la parola "*Gefahr*" ossia "minaccia", infatti, tale concezione di attacco presuppone un comportamento lesivo già iniziato e purtroppo tale interpretazione della normativa tedesca è stata motivo di grandi discussioni tra dottrina e giurisprudenza, proprio per il carattere cosi "avanzato" del regime della scriminante. In realtà, come vedremo, anche se può sembrare in una prima lettura, non ci sono così tante differenze rispetto alla disciplina italiana .

"Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen" ("il giusto non deve lasciare il posto allo sbagliato") è la nota formula che sintetizza l'orientamento teleologico della scriminante, infatti da essa si può desumere come la scelta del codice penale tedesco sia rivolta verso l'esclusione della ponderazione degli interessi in gioco come metro di misura per legittimare o meno la reazione, infatti anche se il bene aggredito è di natura patrimoniale, dunque di minor rango rispetto a un bene personale, ciò non costituisce un ostacolo all'ammissione e alla legittimazione dell'azione difensiva[476]. Dalla formula si ricava inoltre l'esclusione dell'imposizione di un obbligo di fuga in capo all'aggredito

---

[473]MAURACH, ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Heidelberg,1992, p. 353; H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlino, 1996, p. 336-337. Secondo l'interpretazione individualistica, il rapporto tra il valore dei due interessi in gioco non ha, fondamentalmente, alcun ruolo nella legittima difesa: è vero che dottrina e giurisprudenza tedesche hanno saputo poi valorizzare ampiamente la componente "sociale" e pubblica della legittima difesa, recuperando gli altri importanti limiti di essa, ma ciò non toglie che di essi la norma non faccia espressa menzione.

[474] D. SICILIANO, *Das Leben des fliehenden Diebes: Ein Strafechtliches Politikum,* Frankfurt a.M., 2013, p. 31.

[475]H. SCHÜNEMANN, *Die deutschsprachige Strafrechtwissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, in Goldtammer's Archiv für Strafrecht*, 1986, p. 368; P. BOCKELMANN, K.VOLK, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* München, 1987, p. 94;

[476] D. NOTARO, *op. cit.*, p. 118.

come soluzione comunque preferibile rispetto a una reazione che risulti oggettivamente più gravosa di quanto non appaia il pericolo evitato»[477].

Il diritto penale tedesco si trova di fronte all'obbligo di dover porre dei limiti a un "diritto alla legittima difesa", per definizione illimitato e tali limiti trovano la loro origine nell'esclusione dell'arena discorsiva del dibattito sia legislativo che dottrinale che caratterizzò il primo illuminismo tedesco, nonché del suo portato legislativo, cioè del '*Entwurf eines Allgemeinen Gesetzbuchs für die preußischen Staaten'* del 1786, che considerava il furto non solo come fenomeno criminale, ma anche come fenomeno sociale[478]. Può il proprietario uccidere il ladro dopo che quest'ultimo si è impadronito di un bene e sta fuggendo? Può il proprietario spodestato esercitare violenza nei confronti del criminale e riprendersi il bene? L'uccisione del ladro potrebbe essere giustificata?

La dottrina dominante sostiene che, grazie al paragrafo 32 del codice penale tedesco, il titolare del bene gode del "diritto alla legittima difesa" (*Notwehrrecht*), caratterizzato dalla possibilità di uccidere il ladro come *extrema ratio*[479].

Prima di affrontare il tema nel dettaglio, è opportuno analizzare i principi generali del codice penale tedesco in materia di legittima difesa. Dal punto di vista filosofico si può affermare che la scriminante si basi sia su un criterio di etica individuale, in cui ogni soggetto è provvisto di un diritto primario di difendersi e di salvaguardare l'ordine pubblico, sostituendosi all'Autorità se in quel momento non è capace di attivarsi in sua difesa[480].

La legittima difesa nell'ordinamento penale tedesco, come per l'Italia, costituisce una causa di giustificazione, dunque ogni condotta deve essere esaminata al fine di comprendere se essa integri o no il fatto tipico e bisogna valutare, caso per caso, se il

---

[477] C. ROXIN, *Le limitazione etico-sociali del diritto di legittima difesa. Tentativo di bilancio* , in *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, Napoli, 1996, p. 247 e p. 250; ne conviene D. SICILIANO, *op. cit.,* p. 32 e p. 39.

[478] G. INSOLERA, *op. cit.*, p. 107-108.

[479] *Ibidem*, p. 108. L'autore prosegue dicendo che:«Tale diritto sia eccezionalmente limitato dalla *sozialitische Einschränkung* ("limitazione etico-sociale") del *grobes (*"grezzo") ovvero *unerträgliches* ("intollerabile") o *krasses Mißverhältnis* ("crassa proporzione") tra il bene giuridico aggredito e il bene giuridico sacrificato con la difesa. Dall'altro il diritto di legittima difesa così limitato non riceve ulteriori limitazioni rilevanti o "essenziali" dall'art. 2 CEDU».

[480] M. MAIWALD, *op. cit*., p. 46.

bene leso sia meritevole di tutela o se la salvaguardia del soggetto agente prevalga su di esso[481].

4.1. La condizione di "necessità" difensiva

La richiesta dell'esistenza della necessità di difendersi è collegata al carattere di "adeguatezza" della condotta attraverso cui il soggetto agisce, che esprime la capacità della stessa di neutralizzare o almeno indebolire l'aggressione e di scongiurare o almeno diminuire il pericolo cui è esposto l'aggredito[482]. Tale adeguatezza va considerata prendendo in considerazione sia profili oggettivi sia soggettivi. Si afferma che ogni situazione dovrebbe essere valutata sulla base di oggettive circostanze della fattispecie concreta che risultano al momento in cui viene posta in essere l'aggressione. Dall'altro lato bisogna prendere in considerazione anche la prospettiva nutrita dall'aggredito al momento del fatto e dunque l'aspetto più soggettivo e psicologico della causa di giustificazione[483] .

Per valutare la necessità della reazione è necessario sempre analizzare il fatto nelle sue peculiarità e per far ciò è necessario porsi nella prospettiva dell'agente "medio", cioè attraverso l'utilizzo di un particolare modello di individuo dotato, nella normalità dei casi, di un chiaro potere di autocontrollo e razionalità.

Partendo dal presupposto che la condotta difensiva deve risultare comunque commisurata all'intensità dell'attacco ricevuto, alla vittima dell'aggressione è richiesto di utilizzare le modalità di reazione più consone e meno invasive fra tutte quelle possibili.[484] Tra i vari mezzi di difesa potenzialmente efficaci, deve essere utilizzato quello più blando e ciò sta a significare che il soggetto agente non deve ricorrere ad un

---

[481] *Ibidem*. L'autore afferma che:«Colui che in stato di legittima difesa colpisce un aggressore commette in realtà un fatto di lesione personale e, tuttavia, egli agisce in modo conforme alla legge. Infatti, alla fine gli verrà riconosciuto che non si è posto in contrasto con l'ordinamento giuridico nel suo complesso».

[482] D. SICILIANO, *op. cit.*, p. 32.

[483] T. FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetz*, München, 2016, p. 316 e Autori ivi richiamati, fra i quali K. KÜHL, *Angriff und Verteidigung bei der Notwehr*, in *Juristische Aus bildigung*, 1993, p. 120.

[484] W. PERRON*, Rechtvergleichende Betrachtungen zur Notwehr*, in *AA.VV.*, *Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburstag*, hrsg. Von J. Arnold-B Burkhardt-W. Gropp-G. Heine-H. Georg Koch-O. Lagodny-W.Perron-S Walther, München, 2005, p.1020; L. KUHLEN, *Einschränkungen der Verteidigungsbefugnis bei der Nothilfe, in Goltdammer's Archiv für Strafecht*, 2008, 282ss. V. anche D. SICILIANO, *Das Leben des fliehenden Diebes*, p. 33 e richiami.

mezzo difensivo che non promette successo[485]. Alla base di ciò sta il fatto che la legittima difesa non può finire per essere un'azione punitiva[486].

Per realizzare una valutazione più efficace della risposta della vittima è necessario prendere in considerazione anche la quantità di tempo a disposizione che quest'ultima si ritrova ad avere per poter riflettere, al momento del fatto, sul metodo di reazione più adeguato, senza incappare in errori di giudizio inerenti alla necessità o meno percepita di doversi difendere. E allora, nell'eventualità in cui sussistano più possibilità di difesa adeguata ed efficace, l'aggredito sarebbe tenuto a graduare la propria reazione, mantenendo come ultima soluzione l'impiego di un mezzo difensivo pericoloso per la vita dell'aggressore[487]; se però a lui si palesa in concreto solo una possibilità di difesa adeguata, questa è ritenuto sempre "necessaria" e "legittima"[488].

Nella prassi, se un soggetto si trova ad avere uno spazio temporale più lungo per valutare la situazione, molto più facile per lui sarà graduare e soppesare la propria difesa e impiegare il mezzo difensivo meno pericoloso per la vita dell'aggressore. Nella maggior parte dei casi quando un soggetto è vittima di un'improvvisa e imprevista aggressione, è portato a rispondere con altrettanta irrazionalità e istintività[489].

Come anticipato prima, la valutazione della necessità della difesa non è il risultato del bilanciamento degli interessi in gioco, ma è il frutto della comparazione e contemperamento fra azione aggressiva e reazione difensiva.

C'è da dire però che tale regime viene integrato anche da ipotesi di "limitazioni etico - sociali" alla prerogativa difensiva, che possono essere considerate l'espressione di una sorta di esigenza di temperamento della condotta reattiva e della sua moderazione, solo vagamente ispirata a considerazioni di bilanciamento fra le situazioni in gioco[490].

---

[485] M. MAIWALD, *op. cit*., p. 50. L'autore afferma che:«Qualora un individuo di piccola statura e debole, ma che ha con sé un'arma da fuoco, venga minacciato da un aggressore che gli è superiore fisicamente, non è tenuto a ricorrere ai propri pugni, ma può servirsi, per la propria difesa, dell'arma da fuoco. Diversa sarebbe la situazione qualora l'aggredito avesse una costituzione fisica superiore a quella dell'aggressore. In questo caso egli non dovrebbe far ricorso alla sua arma da fuoco, ma limitarsi a difendersi con la propria forza fisica».

[486] *Ibidem*.

[487] D. NOTARO, *op. cit.*, p. 119.

[488] Cfr. sul punto la testimonianza di D. SICILIANO, *op. cit*., p. 34ss.

[489] M. MAIWALD, *op. cit*., p. 50. Il concetto di "necessario" indica non l'evento, ma il comportamento che deve essere posto in essere per respingere l'aggressione. L'autore fa l'esempio di colui che si trovi all'improvviso dinanzi a uno scippatore. Egli ha pochissimo tempo per decidere come reagire, a volte anche pochi secondi, ammesso che riesca a difendersi.

[490] Cfr., F. SCHIAFFO, *La "sicurezza privatizzata": ipotesi ermeneutiche su legittima difesa e dintorni*, 2011, p. 1221 e richiami.

Tali limitazioni etico - sociali si riferiscono alle ipotesi di difesa esercitata: nei confronti di un aggressore non imputabile o caratterizzato da una colpevolezza notevolmente diminuita; a fronte di offese ritenute insignificanti o bagatellari; la reazione da parte di chi abbia a sua volta contribuito alla provocazione della situazione difensiva o infine la reazione esercitata fra soggetti che appartengono allo stesso nucleo familiare, come potrebbe essere considerata una consueta lite fra coniugi[491]. È pacifico che non potremmo mai definire legittima e necessaria una difesa esercitata attraverso un'arma da fuoco contro un furto di pesche o un furto di boccali di birra[492]. In tutti questi casi dunque viene richiesto alla vittima di dotarsi di una notevole solidarietà umana e sociale e rinunciare alla propria reazione difensiva a favore di una maggiore tolleranza verso chi pone in essere l'aggressione. Infatti, ha fatto non poco scalpore un fatto di cronaca avvenuto nel 1949 in cui fu coinvolta una guardia giurata che aveva esploso un colpo di pistola contro un ladro per aver rubato una confezione di sciroppo da un negozio[493]. In questi casi, l'esercizio della pretesa difensiva provocherebbe un risultato ingiusto, destabilizzante per l'ordinamento[494] e arrivando a poter definirlo quasi un abuso delle possibilità difensive concesse dall'articolo.

4.2. L'attualità dell'aggressione

Secondo la definizione comune in dottrina, il significato di aggressione si concretizza in una lesione o minaccia, provocate da un soggetto, dalla quale ci si difende; tuttavia in merito vi sono opinioni differenti[495].

---

[491] C. ROXIN, *Die sozialethischen Einshränkungen*, p. 81ss; K. KÜHL, *Sozialiethische Einschränkungen der Notwehr, in Juristische Ausbildung,*1990, p. 244ss. e richiami; C. ROXIN*, Le "limitazioni etico-sociali" del diritto di legittima difesa. Tentativo di bilancio*, in *ID., Antigiuridicità e cause di giustificazione*, p. 257ss.; *ID., Le "limitazioni etico-sociali" del diritto di legittima difesa. Tentativo di bilancio, in ID., Politica criminale e sistema del diritto penale*, p. 127ss.

[492] D. NOTARO, *op. cit.,* p.120.

[493] V. i richiami di M. MAIWALD, *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema penale italiano*, a cura di V. Militello, Torino, 1993, p. 52; G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, p. 274. Per l'illiceità dell'uccisione del ladro che stia fuggendo (essendo quindi ormai cessata ogni eventuale minaccia alla persona dell'aggredito) con refurtiva di modico valore, si veda, D. SICILIANO, *op. cit.*, p. 55ss.

[494] N. BITZILEKIS, *Die neue Tendenz zur Einchränkung des Notwehrrechts unter besonderer Berücksichtgung der Notwehrprovokation*, Berlin, 1984, p. 132.

[495] M. MAIWALD, *op. cit*., p. 47. Secondo la definizione comune in dottrina, l'aggressione si concretizza in una lesione o una minaccia, provocate da un soggetto, nei confronti di un interesse riconosciuto dall'ordinamento giuridico e colui che si difende ne è titolare. Da un punto di vista giuridico, non occorre che il comportamento difensivo sia caratterizzato né dal dolo né da un'azione. Infatti anche un

Per il diritto tedesco ogni bene giuridico individuale è protetto dalle norme in materia di legittima difesa, dunque è possibile invocarla non solo nei confronti di un'aggressione rivolta contro la vita, ma anche per difendere altri tipi di beni, come la proprietà e il possesso, il patrimonio, l'onore e la riservatezza personale[496].

Per chiarire il concetto di aggressione, è necessario mettere insieme la componente soggettiva accanto ai requisiti oggettivi della scriminante, infatti l'opinione dominante in Germania non considera sufficiente il fatto che sussistano tutti i presupposti della causa di giustificazione, ma ritiene necessaria la presenza di particolari fatti che inducono il soggetto ad agire consapevole della presenza di una situazione che giustifichino la sua condotta[497].

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo della causa di giustificazione, poiché nel processo penale vige il principio "*in dubbio pro reo*", basta che l'imputato abbia ritenuto di essere aggredito e che l'aggressione si sia obiettivamente verificata; già la

---

comportamento colposo di un individuo può costituire un attacco e così anche un'omissione contraria ad un particolare dovere. Per esempio, si è in presenza di una violazione di domicilio quando un soggetto che non ne ha l'autorizzazione si trattiene in una casa e non vuole andarsene: contro tale comportamento omissivo è consentito ricorrere alla legittima difesa, eventualmente ricorrendo alla forza per scacciare l'estraneo da casa.

[496] M. MAIWALD, *op. cit*., p. 47 e p. 52-54. La cosa importante è che l'aggressione a questi beni giuridici sia sempre antigiuridica. La scriminante è consentita anche contro un'aggressione proveniente da un ubriaco, un malato mentale o un bambino, ammettendo chiaramente notevoli limitazioni nella sua applicabilità. La legittima difesa si basa non solo sulla difesa di sé stessi, ma anche più in generale sulla salvaguardia dell'ordinamento giuridico, infatti si parla di "conservazione dell'ordinamento giuridico". Ma rispetto a minori, malati mentali o alcolizzati è difficile parlare di salvaguardia del diritto, dato che tali categorie vanno considerate in maniera particolare. In base al principio "il diritto non deve cedere nei confronti dell'illecito", si esige che dalla persona aggredita la fuga e solo dove essa non sia possibile, allora debba valere la normativa tradizionale della legittima difesa. Prendendo un esempio tratta dalla cronaca tedesca, la fattispecie riguardava una donna che era stata aggredita e picchiata dal marito aggressivo e, nella foga, la donna prese un coltello e, puntandolo addosso al marito, lo avvisò che se la avesse ancora picchiata lo avrebbe usato contro di lui. L'uomo non ci diede peso e la donna lo accoltellò. La giurisprudenza tedesca ritenne che la donna non avesse potuto invocare la legittima difesa poiché fra coniugi esiste un dovere di riguardi e protezione e non era ammissibile un mezzo di difesa potenzialmente letale per difendersi da una lesione al massimo personale. Tale decisione fu ampiamente criticata dall'opinione pubblica che al contrario sosteneva che, proprio per la stretta relazione fra i coniugi, il comportamento del marito era da ritenere maggiormente riprovevole e condannabile.

[497] *Ibidem*, p. 48. Da tale orientamento deriva la concezione personalistica dell'illecito, secondo cui l'illecito penale è determinato non solo dall'evento dannoso causato, ma anche dal comportamento dell'autore del reato e della sua volontà. Chi compie una reazione difensiva è necessario che sia cosciente di agire alla stregua della legittima difesa. Alcuni autori sostengono che servirebbe anche che l'autore agisca con la vera e propria intenzione di difendersi. Tale orientamento va in contrasto con la dottrina classica prima dominante incentrata unicamente sul disvalore dell'evento e dunque per l'applicazione della scriminante bastava la semplice presenza oggettiva di una situazione scriminante, indipendentemente dalla conoscenza che ne avesse avuto colui che si difendeva e indipendentemente chela condotta fosse stata posta in essere proprio per realizzare lo scopo giustificante.

supposizione di una tale possibilità dovrebbe indurre il tribunale a prosciogliere interamente l'individuo[498].

Il codice penale tedesco utilizza il termine *"Agriff"*, che letteralmente, come anticipato nel capitolo precedente, significa "attacco". Dunque da ciò si potrebbe desumere che la reazione difensiva sia legittimata soltanto nel momento in cui il bene protetto viene messo in pericolo, cioè non appena dall'imminente aggressione l'interessa tutelato viene sottoposto a un pericolo immediato e diretto, ossia nel momento in cui il contegno dell'aggressore si volge alla condotta lesiva, senza ulteriori passaggi intermedi[499]. Ciò spinge l'interprete ad una prima lettura potenzialmente capace di restringere il campo operativo della scriminante nel far arretrare il momento in cui, potendosi dire presente l'aggressione, la reazione può essere opposta e giustificata.

A differenza del nostro articolo 52.c.p., la norma tedesca sembrerebbe utilizzare un ragionamento di base completamente differente, visto il diverso lessico utilizzato, infatti, in Italia è utilizzato il termine "pericolo" non quello di "attacco", che fa riferimento a qualcosa di più o meno imminente che fa scattare l'azione difensiva della vittima[500].

Anche se il diritto di difesa disciplinato in Germania sembrerebbe avere una portata illimitata, lo StGB parla proprio di un "attacco" già "presente" e non di un semplice "pericolo" più o meno "imminente", ciò andando a confermare come la *Notwehr* venga applicata in maniera estremamente posticipata rispetto ai nostri parametri, escludendo in tal modo ogni ipotesi di difesa anticipata[501].

Dunque la normativa della legittima difesa tedesca comprenderebbe una tutela maggiormente posticipata rispetto alla nostra e perciò, stando a una prima lettura del

---

[498] *Ibidem*, p. 49.

[499] Tradizionalmente, nel dare concretezza a queste formule astratte, la dottrina tedesca riporta alcuni esempi ormai tralatizi, tutti tratti dall'esperienza giudiziaria, nei quali è ravvisabile l'attacco presente di cui al § 32: quando l'aggressore porti la mano alla fondina dove ha la pistola, non è necessario attendere che egli la estragga e la punti contro l'aggredito, perché questi possa legittimamente difendersi; la persona armata che stia momentaneamente ripiegando (c.d. ripiegamento tattico) pur essendo ancora intenzionata a sparare ove ne abbia modo, che non ottemperi all'ordine di gettare l'arma, sta anch'essa ponendo in essere una condotta di *gegenwärtiger Angriff*. Così H.H. JESCHECK- T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafecht,* Berlin, 1996, p. 342.

[500] Art. 52 c.p.: «Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa».

[501] P. BEVERE, *op. cit.*, p. 122.

dispositivo, si rileva la grandissima difficoltà nel poter prendere in considerazione qualsiasi tipo di azione del soggetto volta ad anticipare o prevenire il pericolo.

In realtà non è proprio così. La normativa tedesca considera legittima la reazione difensiva solo nel momento stesso in cui il bene tutelato dalla norma incriminatrice viene a essere esposto ad un pericolo diretto e immediato, cioè quando l'aggressore è propenso a porre in essere una condotta lesiva[502].

Il concetto di attualità del pericolo così elaborato fa apparentemente coincidere il momento iniziale della condotta antigiuridica rilevante ai sensi della norma, con la soglia oltre la quale l'aggressione medesima diviene punibile a titolo di tentativo ex § 22[503], sembrando che: «L'aggressione sia attuale nel momento in cui l'aggressore passa dallo stadio degli atti preparatori a quello del tentativo»[504]. La giurisprudenza tedesca riconosce la sussistenza del tentativo facendo leva sull'effettiva messa in pericolo del bene giuridico tutelato e quindi sull'imminenza dell'evento lesivo, andando in tal modo ad utilizzare un criterio coincidente con l'attualità dell'aggressione prevista dalla legittima difesa e con ciò rivelando il forte legame fra tentativo punibile e la scriminante. È importante però precisare che i due istituti sono molto diversi fra loro.

C'è da dire però che se si dovesse ritenere la condotta difensiva legittima solamente di fronte a un'azione aggressiva vicina o corrispondente al tentativo, saremmo di fronte a una grandissima limitazione delle possibilità di difesa tanto da un punto di vista temporale che materiale. La reazione difensiva si troverebbe già di fronte a un pericolo o un'aggressione ormai concretizzati ed essa dovrebbe essere molto più forte ed estrema, senza lasciare spazio a mezzi di difesa minori poiché cronologicamente inutili per la difesa essendo già all'interno di uno stadio troppo avanzato dell'aggressione.

---

[502] "L'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale ritiene che l'aggressione sia attuale quando essa può dirsi imminente o prossima ad iniziare, appena iniziata, non ancora conclusa: l'attualità sussiste quindi sin dal pericolo della lesione e fino al momento in cui la lesione si consuma, esaurendo così l'attacco", questo è il pensiero di P. BEVERE, op. cit., p. 123.

[503] Il codice penale tedesco descrive il tentativo come la condotta di colui che, secondo la propria rappresentazione del fatto, si determina alla immediata realizzazione del fatto-reato tipico. Il Codice Italiano, al contrario, ha abbandonato questa visuale per privilegiare una prospettiva maggiormente attenta all'effettiva carica di pericolosità della condotta, incentrando dunque il concetto stesso di tentativo sugli atti idonei e non equivoci di cui all'art. 56 c.p.

[504] ROXIN, *Da quale momento un'aggressione è attuale e dà origine al diritto di legittima difesa?*, in *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, Napoli, 1996, p. 284 e ss. La distinzione tra atti preparatori (non punibili) ed atti esecutivi (punibili), è stata abbandonata dal codice italiano in favore di una nuova definizione, più attenta all'effettiva pericolosità della condotta e quindi incentrata su idoneità ed univocità degli atti. Va precisato che il codice tedesco, sul punto, si limita a definire il tentativo come la condotta di chi, secondo la propria rappresentazione del fatto, si determina alla immediata realizzazione del fatto reato tipico (§ 22 StGB).

Dunque saremmo di fronte a due azioni, l'una aggressiva e l'altra difensiva, troppo intense e dunque in una condizione di maggior probabilità di ledere in maniera grave lo stesso aggressore poiché «se alla vittima di un'aggressione si permette di reagire per legittima difesa contro un aggressore soltanto all'ultimo momento, sarà spesso necessaria, se la difesa vede ancora possibilità di successo, un'offesa all'aggressore molto più grave di quella che sarebbe stata necessaria in un momento precedente»[505].

La legittima difesa, soprattutto per la *ratio* dell'istituto, merita, rispetto al tentativo, sicuramente una tutela più ampia e vasta possibile proprio al fine di garantire la tutela di qualsiasi individuo verso una qualsiasi aggressione proveniente da terzi. Mentre ai fini della legittima difesa la soglia di rilevanza dell'aggressione può essere anticipata senza che ciò desti particolari problemi, sotto il profilo della garanzia per le libertà individuali, il limite oltre il quale scatta la punibilità della condotta deve essere quanto più prossimo alla realizzazione del fatto reato completo, onde evitare eccessi repressivi e arbitrari.

Dunque dottrina e giurisprudenza si sono dedicate ad accurate riflessioni e approfondimenti al fine di chiarire i rapporti fra le due discipline.

Nel codice penale tedesco il tentativo può essere considerato punibile solo quando viene posto in essere quello che è considerata a livello temporale forse l'ultimo segmento di condotta prima della realizzazione del fatto tipico, cioè l'azione che, senza ulteriori atti intermedi, sfocia nell'evento[506]. Dunque cercando di applicare la disciplina del tentativo alla legittima difesa, si arriverebbe a dover far aspettare troppo la vittima per l'esercizio di una reazione difensiva legittima, dovendo attendere che le condizioni dell'aggressione arrivino a una condizione tale quasi a ridosso del fatto tipico. Si andrebbe così a perdere l'essenza vera della legittima difesa, ossia quel diritto naturale di ogni persona di respingere da sé qualsiasi offesa o aggressione ingiusta. Se un soggetto ha pochi istanti per potersi difendere, nella maggior parte dei casi, si trova ad avere un possibilità di difesa decisamente minore e limitato rispetto alla possibilità di agire in un momento precedente, dove forse anche per quanto riguarda il fattore psichico ed emotivo, la vittima potrebbe essere dotata di maggior razionalità e controllo. Ad esempio,se il tentativo è punibile solo quando l'aggressore estrae la pistola e la punta contro l'aggredito, la soglia di rilevanza dell'aggressione ex § 32 StGB. coincide con questo istante, dunque l'aggredito avrà tempo forse per sparare a propria volta un

[505] A. SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa. Un'analisi comparata*, Padova, 2003.
[506] A. SZEGÖ, *op. cit.*, p. 389.

colpo di pistola, ma non avrà certo tempo per prendere bene la mira né per sparare un secondo colpo qualora, ad es., il primo avesse mancato il bersaglio. Tanto per aggressore, quanto per vittima, si può affermare che i rischi di pregiudizi molto gravi aumentino vertiginosamente.

Apprese tali problematiche sia dottrina che giurisprudenza hanno provato a introdurre una disciplina correttiva alla "teoria del tentativo", cercando di dare una connotazione diversa al significato di "attualità", per estenderla anche agli atti preparatori prossimi al tentativo di un'aggressione, rivelando come non sia esclusivamente l'ultimo segmento della condotta, subito precedente alla realizzazione del "*Tatbestand*", a potersi definire "aggressione attuale", bensì anche lo stadio finale della preparazione, che si pone immediatamente prima dell'inizio del tentativo[507]. Ecco che possiamo affermare, come riscontrato anche nella disciplina italiana, che pur essendo utilizzato il termine "*Agriff*" anziché "*Gefahr*", anche la norma tedesca deve essere letta e interpretata con l'accezione di "pericolo attuale" invece che "aggressione attuale" e tener presente dunque quell'intervallo di tempo che coincide con quel "subito prima", che non attiene tanto alla consumazione del fatto ma prende più in considerazione il tentativo dell'azione, anche se ciò non può essere tradotto in un pericolo meramente futuro.

4.3. La difesa preventiva

Nell'ordinamento penale tedesco la cosiddetta "legittima difesa preventiva" non trova spazio nel § 32 StGB, bensì nell'articolo § 34 StGB che descrive lo stato di necessità.

Tale articolo fa proprio riferimento a quel pericolo attuale (*Gefahr*) che arriva a giustificare una reazione anticipata, rispetto a quanto previsto per la legittima difesa[508],

---

[507] Cfr. C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, 289ss. Roxin prosegue dicendo che: «Un'aggressione attuale è, accanto al tentativo, anche la preparazione prossima al tentativo. Non l'accingersi alla realizzazione del fatto, ma l'accingersi immediatamente all'aggressione (…)».

[508] Un esempio è stato riportato da T. LENCKNER, *Der rechtfertigender Notstand,* Tübingen, 1965, p. 102 ed è il seguente: protagonista della vicenda è un locandiere che, avendo accidentalmente origliato il progetto criminoso di alcuni suoi clienti, decisi ad aggredirlo a nell'ormai prossimo orario di chiusura del locale, decise di versare all'interno delle birre,da servire a loro, dei narcotici. In questa fattispecie non si può assolutamente dire che fosse presente un'aggressione attuale poiché l'intento criminoso dei malviventi rimaneva ancora nella sfera intellettiva degli stessi; c'è da dire però che il locale era situato in un luogo molto isolato e il locandiere, davanti a un'aggressione, non avrebbe potuto allertare tempestivamente la polizia né rifugiarsi in modo sicuro nella propria stanza, dunque si può affermare che

infatti, l'aggressione per quanto debba essere anticipata, non può perdere il requisito dell'attualità. Per rientrare nel regime della legittima difesa, è necessaria un'aggressione presente e non futura, dunque sono escluse dall'ambito di applicazione della legittima difesa tutte quelle ipotesi in cui l'attacco è certo, ma non siano iniziate in alcun modo né l'attuazione né la preparazione.

Ecco il motivo per cui la legittima difesa preventiva più che essere ricondotta al §32 StGB si avvicina maggiormente allo stato di necessità, volto a garantire una giusta copertura ai casi in cui il pericolo non è ancora sufficientemente caratterizzato dal connotato dell'imminenza, tale da poter giustificare una reazione attraverso la difesa legittima[509]. In questi casi l'aggressore è un terzo "innocente" per il diritto penale, non potendo in capo ad esso ravvisarsi nemmeno un tentativo punibile di aggressione.

La difesa preventiva deve essere tenuta ben distinta dalla legittima difesa di cui al §32 StGB, poiché la prima non è altro che una particolare ipotesi di stato di necessità.

4.5. Il mancato requisito espresso della proporzione

La principale differenza tra la normativa tedesca e quella italiana riguardante la legittima difesa è sicuramente la mancanza del requisito espresso della proporzionalità

---

egli non potesse essere paragonato a chi narcotizza qualcuno per scopi fraudolenti. Per dare tutela a queste situazioni, che sfuggono alla legittima difesa, ecco che si ricorre allo stato di necessità. In questo caso il locandiere agì in stato di necessità poiché percepì un attuale pericolo per la propria vita, integrità, liberta, onore, proprietà e altri beni giuridici di cui non avrebbe potuto altrimenti evitare. Un caso concreto che pone problemi analoghi e che,all'epoca,destò anche un certo scalpore, è quello c.d. "*Spanner"*:una coppia veniva disturbata nel corso della notte da un *voyeur* il quale, per più notti di seguito, si era introdotto nell'appartamento spiandoli,anche in camera da letto. Il marito infine, onde evitare ulteriori intrusioni e future aggressioni che ad esse avrebbero potuto accompagnarsi, si decise a reagire e sparò all'inopportuno visitatore,ferendolo alla natica ed al fianco.

[509] Art.*34 Rechtfertigender Notstand* (giustificata emergenza): "*Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden* (Chi, in una situazione imminente di inevitabile pericolo di vita, incolumità fisica, violenza carnale, privazione della libertà (sequestro), attacco al proprio patrimonio o altro bene protetto per legge, reagisce per difendersi dal pericolo verso di sé o altri non è punibile se dalla valutazione degli interessi in conflitto, specialmente dei beni colpiti o del livello dell'immediato pericolo, prevale la difesa dell'interesse tutelato. Tuttavia questo vale solamente se l'azione è appropriata per scongiurare il pericolo).

tra offesa e difesa, elemento invece imprescindibile all'interno del codice penale italiano[510].

Tuttavia c'è da dire però che tanto dottrina quanto giurisprudenza considerano efficaci una serie di limitazioni volte a spingere l'individuo ad esercitare comunque la reazione difensiva, tra tutte quelle disponibili ed efficaci, meno gravosa e lesiva nei confronti dell'aggressore e analizzando bene i motivi di queste limitazioni, c'è da dire che il loro fondamento non risale nella volontà di rendere necessaria una proporzione tra reazione difensiva e condotta aggressiva, bensì risale nel bisogno di proteggere quel diritto naturale, di cui ogni individuo risulta titolare, cioè quello spirito di autoconservazione che spinge chiunque a proteggere e tutelare sé stessi contro qualsiasi aggressione ingiusta da parte di terzi[511]. Dunque qui non è un problema di proporzione, ma di *ratio* della disciplina. Quella particolare condotta, volta a respingere un attacco ingiusto e considerata sufficiente a vincere l'offesa, può considerarsi conforme alla vera essenza dell'istituto.

Solo quando la reazione difensiva ha ottenuto i suoi risultati, cioè scampare all'aggressione, tutti quei comportamenti che vengono esercitati dalla vittima successivamente, vengono considerati esercitati a scopo punitivo, uscendo così dal regime della causa di giustificazione[512].

In realtà anche il panorama normativo tedesco non esclude il requisito della proporzionalità anche se, paragonato con l'Italia, risulta essere molto più blando e

---

[510] Alla soluzione tedesca si allineano quelle olandese, slovena e serba. Infatti l'art. 11 del codice penale sloveno considera commesso per legittima difesa l'atto imposto dalla necessità di evitare un'attuale e ingiusta aggressione nei confronti dell'agente o di un'altra persona; per l'art. 19 del codice penale serbo si tratta dell'atto necessariamente commesso per respingere un attacco ingiusto in corso sulla persona dell'agente o su quella di un altro individuo. Il paragrafo 41 del codice penale olandese esclude la responsabilità per un fatto di reato necessario a respingere un attacco illecito e imminente a interessi all'integrità e all'incolumità fisica o sessuale dello stesso agente o di un'altra persona oppure ai suoi o i loro interessi patrimoniali. Dietro l'esigenza di sussidiarietà della reazione, sollecitata dal requisito di necessità, s'intravede un minimo vincolo di proporzione della difesa alla minaccia, sul punto J. DE HULLU-M.I. VELDT-FOGLIA, *Legittima difesa. Olanda*, in *AA. VV., Casi di diritto penale comparato*, p. 68.

[511] M. MAIWALD, *op. cit*., p. 51. Nell'opera si legge:«L'evoluzione moderna del diritto di legittima difesa è la storia delle sue limitazioni, fondate su criteri di etica sociale».

[512] *Ibidem*, p. 51-52. Per comprendere meglio, è opportuno citare una decisione del Tribunale superiore del *Land* di Stoccarda che risale al 1949. Un ladro aveva rubato un vaso di sciroppo di frutta di un valore di soli 10 centesimi di marco. Una guardia armata aveva rincorso il ladro, ma accortosi che non sarebbe mai riuscito a raggiungerlo, gli aveva sparato causandogli una lesione grave. In questo caso ci si chiese se il principio "il diritto non può mai cedere all'illecito" potesse essere applicato. La Corte di Stoccarda dichiarò che il comportamento della guardia non era assolutamente giustificato da legittima difesa, poiché urtava contro i principi morali della collettività ritenere che la vita di un individuo dovesse essere sacrificata per un bene di così poco valore. La guardia pertanto fu condannata per lesione personale grave.

considerato in termini più lati; infatti anche nella dottrina tedesca, sono contemplate alcune particolari limitazioni definite intollerabili poiché ricalcano quello che qualcuno ritiene definire una "crassa sproporzione", tra il bene oggetto minacciato e l'offesa provocata con la reazione difensiva, anche se vengono realizzate poiché percepite come le uniche possibilità efficaci per proteggere il bene sottoposto a minaccia[513].

Per quanto riguarda questa crassa sproporzione, all'interno della dottrina dominante si riscontrano quattro posizioni fondamentali, secondo il diverso valore del bene rubato: la prima limita il proprietario nella possibilità di godere della legittima difesa, in virtù del principio della "crassa proporzione", solo nel caso di un' "aggressione bagatellare" (*Bagatellangriff*) ovvero di un' "aggressione di poco conto" (*geringfügiger Angriff*); la seconda posizione amplia la limitazione e tale diritto viene negato se l'aggressione è irrilevante (*unerheblich*); la terza è quella che fa valere il c. d. *Gesamtabwägung* (considerazione complessiva); la quarta, considerata un orientamento minoritario, non considera applicata la legittima difesa quando le cose rubato non sono di "particolare valore" né "insostituibili"(tra l'altro dottrina esclusa dalla dottrina dominante)[514].

Un primo problema è proprio quello di trovare un referente normativo da cui poter trarre il principio di proporzionalità senza violare il principio di legalità e tale appiglio normativo può essere rintracciato proprio nella parola *gebotenheit* (necessità), dopo aver osservato che è proprio il carattere costrittivo, imposto, della reazione a segnarne il limite, anche se tale tesi non è esente a critiche poiché ritenuta troppo artificiosa[515].

La legittima difesa in Germania da un lato tutela l'interesse individuale e dall'altro lato un interesse pubblico di salvaguardia del principio di legalità. Ciò sta a significare che quando viene deciso se applicare o meno il regime della scriminante, è necessario valutare se la reazione mira a realizzare entrambi gli interessi anche se non in maniera del tutto diretta. Ecco perché, al fine di colmare la mancanza espressa del requisito della proporzionalità all'interno del dettame legislativo, si è ricorso a quelle limitazioni etico - sociali, anticipate prima, che mirano a contrarre in maniera decisiva il vasto elenco di

---

[513] Cfr. M. RONCO, voce *op. cit.*, p. 646. Qui viene riportato l'esempio dei colpi d'arma da fuoco per la difesa di bicchieri di birra o la difesa armata per il furto di pesche o ancora gli spari contro il ladro in fuga con un modesto bottino.

[514] G. INSOLERA, *op. cit*., p. 109.

[515] Come ha argomentato il professor Palazzo durante una sua audizione del 19 settembre 2018 presso la Commissione Giustizia del Senato "e invero costituisce un argomento logicamente irrefrangibile quello per cui – una reazione sproporzionata rispetto all'offesa risulta fatalmente non necessaria proprio nella misura in cui essa eccede la consistenza dell'aggressione", G. INSOLERA, *op. cit*., p. 31.

reazioni difensive possibili dell'aggredito di fronte al pericolo attuale. La regola generale è oggi quella per cui occorre procedere ad una valutazione complessiva degli interessi in conflitto caso per caso. Dunque come viene affermato dalla dottrina, la proporzione si costruisce come «adeguatezza della condotta difensiva rispetto al fine e all'esigenza di difesa»[516].

La legittima difesa, così come concepita dal codice penale tedesco, si può dire che ruoti attorno a due elementi fondamentali. Il primo è costituito dall'intento difensivo, considerato come «volontà di resistere alla violazione del diritto ed è indispensabile affinché la reazione non si tramuti essa stessa in una condotta antigiuridica»[517].

Il secondo elemento riguarda l'esigenza difensiva e richiede un bilancio fra elementi soggettivi ed oggettivi. Per capire se una reazione difensiva è legittimamente effettuata è necessario valutare tutta una serie di circostanze che riguardano tanto l'offesa quanto la difesa, con specifica attenzione alle modalità con cui entrambe vengono poste in essere e la relativa pericolosità scaturita da entrambe. Vi è dunque un accurato confronto tra i mezzi utilizzati da entrambe le parti, le rispettive forze fisiche, i mezzi disponibili per entrambi e le relative condizioni psicologiche ed emotive dei protagonisti, procedendo sempre più verso un modello di "persona" media[518].

Dunque si può affermare che, seppur nell'ordinamento tedesco manchi un espresso richiamo alla parola "proporzionalità", è comunque richiesto l'utilizzo di una certa moderazione nell'azione difensiva e un'attenta valutazione del caso concreto di volta in volta.

In conclusione è utile fare una precisazione sul rapporto che sussiste fra la disciplina tedesca della legittima difesa con l'articolo 2, comma 2, lettera A[519] e la CEDU, riferendosi soprattutto al caso dei diritti patrimoniali. Il punto era capire se un soggetto potesse uccidere un altro soggetto anche per difendere il proprio diritto di proprietà.

Bisogna precisare che il codice tedesco è stato oggetto di riforma nel 1975 e quindi esso, rispetto alla CEDU, può essere considerato come *lex posterior* e bisogna

[516] M. RONCO, *op. cit*., p. 645.
[517] *Ibidem.*
[518] *Ibidem.*
[519] Il punto a) del comma dice: «a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale».

aggiungere che la CEDU è fonte internazionale pattizia e che si rivolge agli Stati, non ai cittadini[520].

Per tali ragioni la limitazione del campo applicativo della scriminante tedesca, in forza della CEDU, appare contraria ai principi generali dell'ordinamento.

5. § 33 *Überschreitung der Notwehr*: l'eccesso di legittima difesa

Nel codice penale tedesco l'eccesso di legittima difesa è disciplinato al paragrafo § 33 StGB[521] che afferma: «Qualora l'agente supera i limiti della legittima difesa a causa di confusione, paura o spavento, allora egli non sarà punito» .

Si tratta di una particolare causa di non punibilità dell'agente che superi i confini della legittima difesa a causa di panico, paura o confusione mentale.

Gli stati emotivi richiamati dall'articolo sono caratterizzati da condizioni psicologiche tali da non poter essere definite controllabili e trattenibili e la cui conseguenza della condotta non può essere né assolutamente prevista dall'ordinamento né in qualche modo dominabile dal soggetto agente che esercita la reazione difensiva[522].

Si richiede che l'eccesso di legittima difesa sia scaturito in maniera automatica come conseguenza immediata di una forte emozione negativa, quale timore o paura o panico, cagionata dall'aggressione. Dunque si presume che debba esserci un chiaro nesso di carattere psicologico sia tra aggressione e paura provocata, sia tra emozione suscitata e reazione violenta della vittima, tale da provocare nel soggetto un turbamento psichico[523].

La giurisprudenza distingue due ipotesi di turbamento psichico: la prima fa riferimento a quei casi in cui l'eccesso colposo è determinato da stati psicologici ed emotivi astenici, cioè quelli provocati da turbamento, paura e panico, e non sono punibili; la

---

[520]G. SPENDEL, *§32*, in *Lipezieger Kommentar*, XI ed., Berlino, 1992, p. 124ss.; l'unico "temperamento" della radicale posizione ora illustrata, concerne le uccisioni volontarie: per esse si ammette che la legittima difesa potrebbe operare solo con riguardo a casi assolutamente eccezionali, ma ciò - si dice - già sulla base del solo § 32, senza bisogno di invocare la fonte convenzionale. Sul punto si veda, T. RÖNNAU, K. HOHN, *§ 32*, in *Lipziger Kommentar*, Berlino, 2006, p. 522; così pure C. ROXIN, *op., cit.*, p. 275ss.

[521]§ 33 *Überschreitung der Notwehr: «Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Ver wirrung, Furcht oder Schrecken, so wird er nicht bestraft».*

[522] A fondamento della figura si ravvisa, peraltro, anche una ridotta portata dell'antigiuridicità, attesa la parziale integrazione della scriminante: v. ad es. W. PERRON, *Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen*, 1988, p. 90.

[523] P. BEVERE, *op. cit*., p. 123.

seconda ipotesi si riferisce, invece, agli stati stenici, ossia quelli provocati da ira, collera, rabbia, che provocano comunque una reazione di maggior vigore e che sono, a differenza dei primi, punibili[524].

Nel classico caso di un ladro che s'insidia durante la notte in un'abitazione altrui, la dottrina è portata a non ritenere punibile la vittima omicida, nonostante l'antigiuridicità del fatto proprio, per la mancanza di colpevolezza determinata dalla presenza di uno degli stati astenici elencati nell'articolo[525].

Tanto dottrina che giurisprudenza tedesche ci tengono a rimarcare che non tutte le sensazioni di turbamento, paura o panico escludono la responsabilità del soggetto agente, poiché, chiaro è che sono ritenute sensazioni normali quando un soggetto subisce un'aggressione a sé o ai propri beni, ma ciò non deve essere oggetto di presunzioni[526].

Qui il legislatore tedesco ha voluto prendere in considerazione soltanto quelle ipotesi di attacco a sorpresa, dove le condizioni obiettive (luogo e tempo) e soggettive della vittima siano tali da determinare reazioni eccessive. Dunque sono da escludere tutti i casi di eccesso di legittima difesa dovuti a stati psicologici definiti stenici, come ad esempio rabbia, spirito vendicativo, furia, odio, aggressività o invidia, che rimangono del tutto fuori dall'applicabilità dell'eccesso di legittima difesa. A differenza degli stati astenici, quelli stenici non denotano assenza di riprovevolezza dell'atteggiamento con cui la reazione è stata perpetrata, giacché esprimono, al contrario l'inclinazione dell'agente al compimento di fatti offensivi e un indice di pericolosità criminale meritevole di essere contrastata, quantunque con un'eventuale diminuzione della pena[527]. I classici casi di scuola per chiarire al meglio la portata dell'articolo sono: l'aver colpito l'aggressore con un coltello, quando sarebbe stato sufficiente minacciare l'uso dell'arma ovvero rispondere con un semplice pugno o l'aver sparato con un colpo

---

[524] *Ibidem*.

[525] Chi spara un colpo, per esempio, nei confronti di un ladro, anche quando sarebbe stata sufficiente minacciare l'uso dell'arma, soprattutto quando l'aggressione avviene a sorpresa durante la notte. Sul punto si veda, R. MARINO, P. CASTELLETTI, *op. cit*., p. 42.

[526] *Ibidem*. Per escludere la responsabilità penale è necessario che il soggetto dimostri di aver agito senza lucidità e incapace di percepire ed elaborare in maniera corretta tanto l'evento quanto la propria reazione di difesa. Sul punto vedi anche, W. PERRON – J. EISELE, in A. SCHRÖNKE – H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, XXX ed., 2019, § 33, Rn, p. 3; C. ROXIN, *Strafecht, Allgemeiner Teil*, 2006, p. 992.

[527] A riguardo, si può prendere in considerazione il § 213 StGB sull'omicidio di minore gravità, che prende in considerazione le ipotesi in cui l'agente sia provocato e per ira determinata dai maltrattamenti o le offese subiti, uccida il suo aggressore.

(fatale) in direzione del ladro, quando sarebbe stata sufficiente uno sparo di avvertimento nell'aria[528]. Vi sono altri casi che riguardano invece il limite temporale della legittima difesa, ossia i casi di difesa tardiva o anticipata come ad esempio il soggetto che reagisce a un'aggressione già conclusa o prima che essa sia messa in atto: un esempio classico è quello che vede un aggressore già ferito a terra a causa di un colpo di pistola alle gambe sferrato dalla vittima e quest'ultimo gli spari addosso altri colpi[529]. In questo caso solo l'eccesso determinato da terrore o panico può essere scusato, non sicuramente la presenza della volontà di uccidere poiché la difesa non sarebbe più tale ma prenderebbe la forma di un nuovo attacco. Infatti un conto è sparare in preda al panico alcuni colpi in rapida e immediata sequenza in direzione dell'aggressore armato, altra è sparare un colpo e ferirlo, per poi avvicinarsi e spararagli un altro colpo.

La dottrina tedesca ritiene che la responsabilità penale abbia come colonna portante la colpevolezza, in cui vengono accentuati maggiormente i profili soggettivi e quelli oggettivi messi a margine: nel sistema tedesco per far sì che un fatto tipico sia giustificato non sono sufficienti i requisiti oggettivi della fattispecie, ma è assolutamente necessario che l'agente si rappresenti l'esistenza della causa di giustificazione ed agisca con *animus* corrispondente[530].

La dottrina richiama anche l'ipotesi dell'eccesso "spaziale", cioè quando la reazione difensiva, anche se legittima, vada ad incidere su soggetti terzi diversi dall'aggressore, ad esempio l'ipotesi in cui l'aggredito non possa difendersi efficacemente se non colpendo un terzo innocente[531]. Non appena venga meno la necessità della lesione del

---

[528] Questi ed altri casi pratici sono riportati da T. ZIESCHANG, *§ 33*, in *Liepziger Kommentar*, Berlin, 2006, p. 563; H. TRÖNDLE, T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 2003, p. 283, per la quale l'effettiva possibilità di fuga o di ricorso alla Pubblica Autorità escludono anche l'applicabilità del § 33, oltre che del § 32.

[529] Il secondo colpo sarebbe giustificabile solo se l'aggredito ha agito per paura o panico, perché in effetti in questo caso l'aggressore non rappresenterebbe più un pericolo imminente dunque probabilmente il dubbio ricadrebbe sulla presenza o meno in capo all'agente di un sentimento di vendetta. La giurisprudenza tedesca a moltissima leva sull'atteggiamento psicologico della vittima. Sul punto, R. MARINO , P. CASTELLETTI, *op, cit*., p. 42.

[530] *Ibidem*, p. 43.

[531] Pensiamo all'ipotesi in cui Tizio, trovandosi in una piccola stanza, sia aggredito da Mevio e per difendersi si veda costretto a brandire una sedia e lanciarla contro costui ma, così facendo, venga inevitabilmente a colpire anche Caio: verso quest'ultimo Tizio potrà invocare lo stato di necessità e non l'eccesso di legittima difesa, sul punto vedi, T. ZIESCHANG, *§ 33*, in *Leipziger Kommentar,* XII ed., II, Berlino, 2006, p. 567.

terzo ai fini della difesa, si entrerà nel campo dell'errore scusante oppure della responsabilità per colpa, secondo il caso concreto.

La colpevolezza è così ridotta sulla base di due elementi: dal lato soggettivo, grazie alla presenza di particolari emozioni asteniche che vanno a motivare l'azione della vittima e a incidere sulla normale formazione della volontà umana; dal lato oggettivo, la chiara riduzione dell'antigiuridicità dell'azione e a sua volta in maniera direttamente proporzionale la riduzione della colpevolezza nel presupposto di rientrare nelle condizioni e nei limiti previsti dal codice.

Considerando la finalità rieducativa della pena, sarebbe del tutto ingiusto punire l'aggredito : in tale contesto di reazione ad un'aggressione ingiusta, il soggetto agente in preda ad una delle "*Affekte der Schwäche"(* "emozioni della debolezza") menzionate dal §33 StGB, risulterebbe un cittadino totalmente integrato e rispettoso dell'ordinamento giuridico di appartenenza, a differenza di colui che agisce prevalentemente dominato da quelle che la dottrina tedesca chiama "*Affekte der Kraft" (* "emozioni della forza"), come ad esempio l'odio o l'ira[532].

Per quanto riguarda la responsabilità civile, se un soggetto agisce per legittima difesa, egli non sarà chiamato a nessun risarcimento del danno poiché manca nella fattispecie il requisito della colpevolezza[533]. Mentre per quanto riguarda l'eccesso di legittima difesa, la responsabilità penale può dirsi esclusa, ma non un obbligo risarcitorio ai sensi del § 823, comma secondo[534].

A differenza della disciplina dell'eccesso colposo di legittima difesa prevista in Italia, si può costatare come il codice penale tedesco prevede una normativa molto più a maglie larghe e più incline a dar spessore e valore a quei momenti che riguardano la percezione dell'aggressione e la direzione finalistica della reazione, concedendo più tolleranza, sul piano della colpevolezza, per gli eventuali eccessi provocati dalle particolari condizioni emotive dovute all'aggressione subita, dando così un quadro molto più mite di quello prospettato all'articolo 55 del nostro codice penale italiano.

---

[532] C. ROXIN, *Strafecht Allgemeiner* Teil, I, Berlin, 2005, p. 992.

[533] P. BEVERE, *op. cit*., p. 123.

[534] La disposizione legislativa tedesca afferma: «1. Chi dolosamente o colposamente lede illecitamente la vita, il corpo, la salute, la proprietà o un altro diritto altrui, è obbligato verso l'altro al risarcimento del danno da ciò derivante. 2. Lo stesso obbligo incombe su chi viola una legge che mira alla tutela di un altro. Se secondo il tenore della legge è possibile una violazione di questa anche senza colpa, l'obbligo di risarcimento sorge solo nel caso di colpa». Sul punto, P. BEVERE, *op. cit*., p. 119-120.

6. Brevi cenni sulla legittima difesa in altri ordinamenti

In Francia la legittima difesa è disciplinata dagli articoli 122-5[535] e 122-6[536], il primo prevede la regola generale, il secondo una sua eccezione[537]. Nella disciplina francese l'aggressione deve essere immediata o almeno imminente, cioè prossima a iniziare, infatti l'unico limite negativo consiste nell'aggressione c.d. futura, poiché il soggetto avrebbe tutto il tempo per invocare la tutela dello Stato[538]. La legge francese richiede che il soggetto si trovi di fronte a un attacco e la reazione avvenga nello stesso tempo/momento in cui tale attacco sussiste[539].

Per quanto riguarda la reazione difensiva, essa non potrà essere posta in essere prima di un attacco eventuale, allo scopo di prevenirlo, né per vendetta.[540] Tale reazione deve rispettare anche un requisito quantitativo, poiché i mezzi utilizzati al fine di difendersi dovranno essere proporzionati alla gravità dell'attacco[541].

A tal proposito la normativa distingue l'ipotesi in cui la reazione difensiva sia volta alla protezione del bene vita o dei beni patrimoniali, infatti vi è l'esplicito divieto di ricorrere all'omicidio nei casi di aggressione al patrimonio[542].

La reazione difensiva deve essere "strettamente necessaria", cioè deve rappresentare l'unico mezzo disponibile per la vittima al fine di interrompere la realizzazione

---

[535] L'art. 122-5 afferma al primo comma: «Non è penalmente responsabile la persona che, in presenza di un'aggressione ingiustificata contro di sé o un'altra persona, compie, nello stesso tempo, un atto imposto dalla necessità della legittima difesa di sé o altri, salvo che vi sia sproporzione tra i mezzi impiegati per la difesa e la gravità dell'aggressione»; Il secondo comma afferma:«Non è penalmente responsabile chi, per interrompere l'esecuzione di un crimine o di un reato contro il patrimonio, compie un atto di difesa, eccezion fatta per l'omicidio, strettamente necessario a conseguire il fine perseguito, a condizione che i mezzi utilizzati siano proporzionati alla gravità del reato». Sul punto, P. BEVERE, *op. cit*., p. 120.

[536] L'articolo afferma:«Si presume che abbia agito in stato di legittima difesa chi ha commesso l'atto: 1° per respingere, di notte, l'ingresso con l'effrazione, violenza o inganno in un luogo abitato; 2° per difendersi dagli autori del furto o saccheggio eseguiti con violenza». Sul punto, *Ibidem.*

[537] R. MARINO, P. CASTELLETTI, *op. cit*., p. 40.

[538] *Ibidem*, p. 41.

[539] P. BEVERE, *op. cit*., p. 120. Si presume quindi un'offesa già in atto e una reazione contestuale.

[540] R. MARINO, P. CASTELLETTI, *op. cit*., p. 41.

[541] P. BEVERE, *op. cit.,* p. 120.

[542] Quando a essere aggredito è un bene di natura patrimoniale, i presupposti richiesti per l'operatività della scriminante sono molto più rigorosi e stringenti: non ogni attacco legittimerà la reazione, ma solo quelli che costituiscono un delitto, escludendo così le contravvenzioni. I diritti personali del soggetto aggredito potranno essere compressi per la tutela dei beni patrimoniali della vittima solo nel caso in cui l'aggressione nei loro confronti sia penalmente rilevante. Sul punto, R. MARINO, P. CASTELLETTI, *op. cit*., p. 41; P. BEVERE, *op. cit*., p. 120.

dell'illecito; i mezzi difensivi dovranno essere comunque proporzionati rispetto alla gravità dell'illecito commesso[543].

L'art. 122-6 dichiara una vera e propria presunzione di legittima difesa, ma è giusto chiarire che la Corte di Cassazione francese la identifica come presunzione semplice, non assoluta, quindi la prova della sua esistenza può sempre essere rovesciata e sarà il soggetto che invoca la scriminante a dover provare la sussistenza dei requisiti richiesti ex art. 122-5[544]. Il bene domicilio qui ottiene una tutela rinforzata: in questo caso si afferma la propensione verso un'esigenza di difesa privata "forte", partendo sempre dal presupposto che siano presenti i requisiti richiesti dalla normativa, se no il soggetto non riuscirebbe ad evitare la responsabilità penale[545].

Dunque l'atto di difesa è assolutamente consentito a patto che esso non si traduca in un omicidio volontario e nella misura in cui tale atto sia esercitato al fine di interrompere l'esecuzione di un crimine o di un delitto contro un bene (delitto e crimine già in corso d'opera); sia strettamente necessario allo scopo perseguito e i mezzi esercitati per la difesa siano proporzionati alla gravità dell'attacco[546].

Negli Stati Uniti la disciplina della legittima difesa è disciplinata diversamente da Stato a Stato, ma studiando le varie versioni è possibile individuarne dei tratti comuni[547]. È opportuno ribadire il concetto per cui rimangono fermi i principi costituzionali dell'inviolabilità della proprietà privata e del diritto a possedere armi[548].

Uno di questi è identificare l'uso della forza e l'omicidio come *extrema ratio* per difendersi, poiché il diritto di legittima difesa viene definito come qualcosa che scaturisce dall'istinto dell'uomo di autoconservazione, dunque in determinate circostanze tale uso viene ampiamente giustificato[549].

---

[543] *Ibidem*. Il parametro di riferimento del giudizio di proporzionalità viene affidato in tal modo a un precetto normativo, svincolandolo dal semplice richiamo al valore materiale dei beni in gioco. Sul punto vedi anche, Servizio studi del Senato, *La legittima difesa: un'analisi di diritto comparato*, Nota breve del 27 ottobre 2018.

[544] *Ibidem*, p. 121.

[545] R. MARINO, P. CASTELLETTI, *op. cit*., p. 42.

[546] A. DI TULLIO D'ELISIIS, *op. cit*., p. 18.

[547] P. BEVERE, *op. cit.*, p. 124.

[548] R. MARINO, P. BEVERE, *op. cit*, p. 45. Alcuni Stati come la Florida e il Nevada sono considerati molto più permissivi e applicano il c.d. *"stand your ground"* (difendi il tuo territorio), per cui il cittadino ha il diritto di rispondere con qualsiasi mezzo se sente minacciata la sua incolumità. Per quanto riguarda il diritto di proprietà, in Texas, per esempio, chiunque è legittimato ad utilizzare l'arma in modo letale se qualcuno entra nel suo terreno. Altri Stati invece credono che sia necessario che l'aggressore superi l'uscio dell'abitazione.

[549] P. H. ROBINSON, *Criminal Law Defenses: A Systematic Analisys*, in *www.jstor.org,* 1982.

Per parlarsi di legittima difesa è necessario che il soggetto si creda si trovarsi nell'imminente pericolo di aggressione all'integrità fisica e l'uso della forza è necessitato dalla volontà di evitare tale pericolo. In merito a tale questione, ci si è chiesti se tale supposizione vada interpretata in maniera oggettiva o soggettiva e si è arrivati alla conclusione che basti semplicemente il sospetto che accada, non è necessario che la convinzione esista in maniera reale[550], anche se nella prassi viene preferita la visione soggettiva, in cui risulta sufficiente la presenza nel soggetto agente della convinzione ragionevole della presenza di un imminente pericolo per potersi difendere legittimamente[551].

Per quanto riguarda l'imminenza del pericolo ci sono punti di vista discordanti tra gli Stati federali. Un esempio potrebbe essere quello della moglie che uccide il marito durante il sonno: alcune corti ritenevano come prova sufficiente per dimostrare il ragionevole convincimento, le precedenti violenze subite e dunque la paura del pericolo di morte o di altre imminenti violenze, mentre per altre corti tale convincimento non era sufficiente per invocare la legittima difesa[552].

La necessità dell'uso della forza dipende dall'impossibilità di utilizzare altri mezzi idonei per salvarsi dal pericolo[553].

L'elemento della proporzione va esaminato bilanciando le circostanze come "le rispettive taglie e sessi e condizioni di salute dell'aggressore e dell'aggredito, … la

---

[550] J. Y. KIM, *The rhetoric of self-defence, in Berkeley Journal of Criminal Law*, Vol. 13, Issue 2, Fall 2008.

[551] P. BEVERE, *op. cit*., p. 125. "La *'Castle Doctrine'* vuole che i cittadini statunitensi siano i re della propria casa, liberi di far fuoco su chiunque senza invito vi faccia ingresso, se ciò appare come una difesa ragionevole. Nella sua versione più generosa – e più largamente utilizzata- la legge presume la ragionevolezza della reazione letale, e quindi giustifica una difesa armata, nei confronti di chiunque violi il domicilio (ciò che a seconda degli Stati significa poi variamente far ingresso nel giardino di casa, nella veranda o soltanto nell'abitazione) per il sol fatto che egli o ella lo abbia violato. Nella variante più restrittiva la '*Castle Doctrine'* richiede invece (così come fa la nostra Corte di Cassazione del 2007 quando interpreta il nuovo art. 52 c.p.) che sussiste un pericolo attuale per l'incolumità fisica dell'aggredito o di altri, affinché la reazione letale difensiva risulti legittima. (…) Ragionevole significa, infatti, che un uomo o una qualunque, nelle stesse circostanze in cui si trova l'abitante della casa, avrebbe valutato pericoloso per la propria o l'altrui incolumità il comportamento dell'intruso. Se l'uomo medio, insomma, in quella stessa situazione avesse percepito un pericolo, la difesa armata e la conseguente pena di morte privata risulterebbero giustificate. Ora una simile valutazione dipende ovviamente dal contesto sociale in cui ci si trova. Più è prevedibile che – anche se non si vede – l'intruso sia armato, più è forte la percezione del pericolo. D'altronde più agli abitanti è concesso di essere armati e di usare legittimamente l'arma, più è prevedibile che chi s'inserisce in casa altrui per rubare sia a sua volta armato per evitare di soccombere in caso di conflitto", sul punto E. GRANDE, *La legittima difesa armata negli Usa: un buon modello per l'Italia?,* in *http://temi .repubblica.it/micromega-online/la- legittima-difesa- armata-negli-usa-un-buon-modello-per-l-italia*, 2018.

[552] P. BEVERE, *op. cit*., p. 125.

[553] *Ibidem*.

presenza di più aggressori, e… specialmente la natura violenta dell'attacco senza armi"[554]. Infatti, la vittima, pur se il suo aggressore è sprovvisto di armi, può ricorrere a mezzi letali pur se sproporzionati al caso concreto, nel momento in cui percepisca in maniera ragionevole un imminente pericolo; in particolar modo nella legittima difesa si permette frequentemente l'uso delle armi[555].

Negli USA il secondo emendamento della Costituzione americana (*Supreme Law of The Land)* garantisce al cittadino la possibilità di possedere delle armi, considerata un diritto inviolabile che la Corte Suprema ha ribadito nel 2008 a fronte della minaccia di alcuni Stati di porvi dei limiti[556], infatti la problematica delle armi è un tema molto sensibile per un paese come gli USA caratterizzato da un alto tasso di criminalità e stragi ricorrenti.

La teoria della "*Castle Doctrine*", di matrice anglosassone, ossia "la teoria del castello", sembra quasi una sorta di rivisitazione iperliberale e privatistica della teoria del "contratto sociale"[557]. Tale teoria non ha mancato di creare grossi dibattiti di grande spessore mediatico[558].

---

[554] W. R. LAFAVE, *Substantive Criminale Law*, Thomson Reuters, 2017, art. 10.4.

[555] "Le cronache statunitensi sono piene di storie tragiche. Si va dai casi dei padri – poi distrutti psicologicamente – che, forti della loro posizione di "castellani", scambiano il proprio figlio per un ladro e lo ammazzano solo perché si ingerisce di notte nel giardino di casa o perché sta per entrare nella casa della vicina zia; a quello di chi una bella mattina uccide legittimamente un ragazzo ventenne che aveva cercato rifugio nella sua veranda, in fuga da una retata della polizia in un party del vicino di casa in cui si faceva uso di bevande alcoliche fra persone al di sotto dei 21 anni. … Come si accennava, infatti, se a difesa è sempre legittima, mentre per chi entra per fini leciti, se scambiato per un aggressore, può essere legittimamente ucciso, chi invece entra per rubare si attrezzerà contro l'eventualità che il castellano eserciti il suo diritto di infliggere morte e per paura non esiterà a sparare subito e per primo, anche contro un "castellano" disarmato. Non è davvero un caso che negli Stati Uniti il numero di persone che muoiono in casa loro nel tentativo di difendersi sia incommensurabilmente più alto che in Italia", sul punto si veda, E. GRANDE, *La legittima difesa armata negli Usa: un buon modello per l'Italia?,* in *http://temi .repubblica.it/micromega-online/la- legittima-difesa- armata-negli-usa-un-buon-modello-per-l-italia*.

[556] R. MARINO , P. CASTELLETTI, *op. cit*., p. 45.

[557] "Nella prospettiva liberale (…) lo Stato nasce (…) da un *pactum unionis* e da un *pactum subiectionis* dei cittadini, che accettano di limitare la propria libertà, in cambio della tutela dei propri diritti inalienabili (la vita, la libertà, la proprietà). Questa devoluzione, tuttavia, non è incondizionata e irreversibile (…): ove lo Stato sia inadempiente rispetto agli obblighi assunti in via pattizia, il cittadino vede espandersi le proprie prerogative e riacquista il diritto di auto tutelare la propria sfera personale, nella misura a ciò necessaria", sul punto, R. MARINO , P. CASTELLETTI, *op. cit*., p. 46.

[558] L'applicazione della *'Castle doctrine'* è responsabile di non poche tragedie. Un esempio è il caso dello studente giapponese che il giorno di Halloween, alla ricerca della casa dove si svolgeva la festa in cui era invitato, suonò all'abitazione sbagliata e venne ucciso sul colpo dal proprietario, intimorito dal fatto che il ragazzo fosse travestito da John Travolta e che, al grido di andarsene, non capendo l'inglese, rimase immobile; un altro caso riguarda un ragazzo scozzese, che dopo essersi perso per strada, bussò sul retro di una casa per ottenere informazioni utili, ma ricevette uno sparo , dall'interno della casa, dal proprietario. In tutti questi casi le reazioni omicide sono giustificate dalla paura e ritenute ragionevolmente delle reazioni difensive, al punto tale che molto spesso neppure viene chiamata la polizia e non viene esercitata nessuna accusa di carattere processuale.

In Spagna la legittima difesa è disciplinata dall'art. 20, comma 4, codice penale (*còdigo penal)* e si trova tra le cause che escludono la responsabilità penale[559].

La legislazione spagnola tratta diversamente la situazione in cui la legittima difesa si riferisca alle persone o ai beni patrimoniali, infatti in questo secondo caso, colui che aggredisce deve aver esposto i beni ad un pericolo grave e imminente e che costituisca reato.[560]

Viene in rilievo anche l'elemento soggettivo, per cui è importante che la vittima agisca soltanto per difendersi e l'agente non abbia provocato l'aggredito; esiste infatti il caso della 'difesa incompleta', che non discrimina l'agente ma ne attenua soltanto la pena, quando ad esempio mancano i requisiti non essenziali per la presenza della legittima difesa, come l'ipotesi di sproporzione tra difesa e offesa[561].

Gli aspetti di somiglianza con il sistema francese emergono soprattutto in merito alla cura della disciplina della legittima difesa in ambito domiciliare[562]. La difesa poteva essere esercitata anche senza un reale pericolo, ma semplicemente come conseguenza dell'intrusione del soggetto estraneo all'interno del domicilio della vittima[563].

Nel Regno Unito la legittima difesa trova la propria disciplina attraverso numerose fonti. Il *Criminal Law* afferma che essa consista "nell'uso legittimo della forza, in difesa di un determinato diritto privato o pubblico, a determinati scopi", facendo dunque capire che la scriminante si differenzia a seconda degli scopi perseguiti[564]. *Il Criminal Damage Act* invece ritiene che la legittima difesa debba essere messa in atto al fine di "proteggere la proprietà da un'illegittima appropriazione"[565].

---

[559] R. MARINO, P. CASTELLETTI, *op. cit.,* p. 43. L'art. 20 c.p., comma 4, afferma:«Sono esenti da responsabilità penale: (…) 4° Chi agisce in difesa della persona o di diritti propri o altrui, sempre che ricorrano i seguenti requisiti: Primo. Aggressione ingiusta. Quando si difendono dei beni, si considera aggressione ingiusta l'attacco ai medesimi che costituisce il delitto e li espone a un pericolo grave e imminente di perdita o distruzione. In caso di difesa della dimora o delle sue dipendenze si cosidera aggressione ingiusta l'indebita introduzione in esse. Secondo. Ragionevole necessità del mezzo impiegato per impedirla o respingerla. Terzo. Mancanza di adeguata provocazione da parte dell'aggredito».

[560] *Ibidem*, p. 44.

[561] *Ibidem.*

[562] D. NOTARO, *op. cit*., p. 106. Tale elemento di somiglianza è sottolineato da M. Á. IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos de la legítima defensa*, 1999, Comares, p. 36.

[563] F. DÍAZ PALOS, *La legitima defensa (estudio tecnico y juridico),* Barcelona, 1971, p. 100.

[564] *Ibidem.* Tale forma di legittima difesa si avvicina molto al concetto che ne ha il *civil law* e si differenzia proprio perché qui la legittima difesa si distingue a seconda se il fine perseguito è la protezione della vita, dell'incolumità fisica o la protezione della libertà personale.

[565] *Ibidem*.

I presupposti sono che l'uso di tale forza sia necessario e non ecceda i limiti della ragionevolezza[566]. La valutazione della necessità è materia delle corti ma in ogni caso possono essere evidenziati dei tratti fondamentali: se l'agente poteva ritirarsi dalla situazione di pericolo, se la minaccia era imminente, se l'agente ha commesso errori che hanno indotto a ritenere che il proprio agire era giustificato. La minaccia viene definita imminente quando sussista un'apprezzabile pericolo e sia possibile ricevere protezione e tutela dalle forze dell'ordine, ma l'aggressione deve essere comunque almeno iniziata[567]. Successivamente tale impostazione della scriminante ha subito delle modifiche, sicuramente dovute all'adeguamento della normativa all'esigenze della società[568].

Era stato avvertito, infatti, un allarme sociale, che ha condotto poi alla creazione di disegni di legge e linee direttive per disciplinare la legittima difesa soprattutto nel caso in cui questa avvenisse all'interno del domicilio[569].

Nel 2012 la nozione di legittima difesa è stata nuovamente delimitata, includendovi la difesa dei proprio beni ed in tale circostanza il legislatore effettua un chiaro riferimento alla possibile fuga o desistenza dell'aggressore[570]: la possibilità che egli abbia avuto modo di ritirarsi fa venir meno il pericolo per la vittima del reato da lui commesso[571]. Un ultimo intervento nel 2013 ha stabilito che non è necessaria la presenza della proporzione fra difesa e offesa quando l'aggressione avviene nel luogo di residenza della vittima, ambiente dove l'accesso è precluso ai terzi[572].

In tutti gli ordinamenti giuridici stranieri, come in Italia, assume grande importanza la Convenzione dei diritti dell'uomo e, in particolar modo, nella discussione dottrinale tedesca. Alcuni autori in Germania, partendo dal presupposto che l'art. 2 della

---

[566] Essa, secondo la giurisprudenza inglese, si misura in rapporto alla necessità difensiva, ovvero alla situazione di pericolo a cui l'agente si trovi a far fronte. Il parametro è il c.d. "*reasonable personal standard"*, cioè il comportamento dell'uomo medio ordinariamente prudente. Sul punto, *Ibidem*.

[567] *Ibidem*.

[568] È affermato che:«La disciplina legislativa ha subito modifiche successive, finalizzate a corroborare la tipicità dell'esimente della legittima difesa integrando nella relativa fattispecie elementi ritenuti conformi al pubblico interesse, in un ambito sovente caratterizzato da controversie applicative del diritto vigente e da allarme sociale», Camera dei Deputati, Servizio biblioteca, note informative sintetiche n. 22-23 novembre 2015, AA. CC. n. 2892, p. 3384, *La disciplina della legittima difesa nei principali paesi europei*, in *www.camera.it.*

[569] G. INSOLERA, *op. cit*., p. 53. Tale movimento di riforma è partito da una raccolta di firme online, patrocinata dalla coalizione di governo promulgatore di un orientamento dedito al liberalismo conservatore a seguito di fatto di cronaca accaduto nel 1999 in cui un soggetto era stato condannato per aver ucciso un presunto ladro che si era introdotto nella fattoria isolata in campagna del titolare. I riformisti invocavano una legge più permissiva alla stregua di quella presente negli USA.

[570] G. NEGRI, *Legittima difesa, le regole all'estero*, in *Il sole 24 ore*, 5 maggio 2017.

[571571] R. MARINO, P. CASTELLETTI, *op. cit*., p. 45.

[572] G. NEGRI, *op. cit*.

Convenzione consente l'omicidio volontario di un individuo in una situazione di legittima difesa, quando si tratti di un attacco alla vita o alla libertà di una persona, hanno dedotto che non sarebbe ammissibile uccidere il ladro mentre durante la fuga e ciò andrebbe a rimarcare come pure all'interno dell'ordinamento tedesco il rapporto di proporzionalità, attraverso il trattato, sia penetrato[573].

[573] M. MAIWALD, op. cit., p. 55.

Capitolo IV

LA LEGITTIMA DIFESA NELLA LEGISLAZIONE EUROPEA E INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 1. L'art. 31 dello statuto istitutivo della Corte Penale Internazionale – 2. L'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite. – 3. Il possibile contrasto fra legge di riforma della legittima difesa e l'art. 2 della CEDU – 4. Casi giurisprudenziali della Corte della Corte EDU

1. L'art. 31 dello statuto istitutivo della Corte Penale Internazionale

Tale disposizione legislativa[574], senza mai menzionare le parole "legittima difesa", dichiara l'esclusione della responsabilità penale quando ci si trova di fronte a una difesa "ragionevole" che si ha sia quando si agisce per difendere sé o altri, sia per i crimini di guerra allo scopo di difendere beni essenziali per la propria o altrui sopravvivenza o essenziali per eseguire una missione militare e la condotta è eseguita avverso un ricorso imminente ed illecito alla forza; sia quando l'atto compiuto è proporzionale alla gravità del pericolo incorso[575]. In tal senso qui la scriminante viene ad essere "configurata come

[574] L'art. 31, comma 1, lettera c), statuto istitutivo della Corte penale internazionale, intitolato "Motivi di esclusione della responsabilità penale" afferma che: «Oltre agli altri motivi di esclusione della responsabilità penale previsti dal presente Statuto, una persona non è penalmente responsabile se al momento del suo comportamento: (…) essa ha agito in modo ragionevole per difendere sé stessa, per difendere un'altra persona o, in caso di crimini di guerra, per difendere beni essenziali alla propria sopravvivenza o a quella di terzi, o essenziali per l'adempimento di una missione militare contro un ricorso imminente ed illecito alla forza, proporzionalmente all'ampiezza del pericolo da essa incorsa o dall'altra persona o dai beni protetti. Il fatto che la persona abbia partecipato ad un'operazione difensiva svolta da forze armate non costituisce di per sé motivo di esonero dalla responsabilità penale a titolo del presente capoverso".

[575] A. DI TULLIO D'ELISIIS, *La nuova legittima difesa*, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 1- 2.

una causa individuale di esclusione della responsabilità penale, destinata ad operare in modo indipendente dalla responsabilità internazionale dei singoli Stati ai quali l'agente può venire ricondotto"[576] e nel caso citato alla lettera a) si può dedurre che si parli di "una reazione posta in essere a fronte del solo pericolo attuale di un attacco, intendendo con tale espressione quel segmento di condotta che immediatamente precede la realizzazione di un tentativo punibile e però già rappresenta, per il difensore, un rischio serio a fronte del quale si pone la necessità ragionevole di difendersi, onde evitare una futura irrimediabile lesione dei beni giuridici protetti"[577]; alla lettera b) il "pericolo dovrà essere obiettivamente esistente: la sua semplice supposizione, da parte dell'agente, potrà al più valere ai fini dell'art. 32 St. C.P.I.[578] quale errore di fatto"[579]; al punto c) "la reazione ragionevole deve essere anche proporzionata rispetto al grado di pericolo cui erano esposti l'agente o il terzo, ovvero i loro beni"[580] e stando che "la C.P.I. internazionale è chiamata a giudicare di gravissimi illeciti che costituiscono motivo di allarme per l'intera comunità internazionale, riconducibili a quattro diverse categorie: a) genocidio; b) crimini contro l'umanità; c) crimini di guerra; d) crimini di aggressione (art. 5 St. C.P.I.)"[581], si può affermare che "la legittima difesa ex art. 31 St. C.P.I. manderà esente da responsabilità penale il singolo che abbia commesso taluno dei fatti rientranti in queste categorie e, quindi, ha l'effetto di scriminare tutta una serie di lesioni alla vita e all'incolumità individuale, cioè ammette la lesione di beni giuridici primari"[582]; per quanto riguarda i beni essenziali alla vita della persona dell'agente o di un terzo devono intendersi quelli riferiti alla vita e all'incolumità della gente; infine per beni patrimoniali devono intendersi quelli "necessari allo svolgimento di un'operazione

[576] A. TONINELLO, *La legittima difesa in Europa e in Italia dopo la l. n. 59 del 13 febbraio 2006*, tesi di dottorato, 2011, p. 113.
[577] *Ibidem*, p. 114-115.
[578] L'articolo afferma: «1. Un errore di fatto è motivo di esclusione dalla responsabilità penale solo se annulla l'elemento psicologico del reato. 2. Un errore di diritto concernente la questione di sapere se un determinato tipo di comportamento costituisce un reato passibile della giurisdizione della Corte non è motivo di esclusione della responsabilità penale. Tuttavia, un errore di diritto può essere motivo di esclusione dalla responsabilità penale quando annulla l'elemento psicologico del reato, o sulla base di quanto previsto dall'articolo 33."
[579] A. TONINELLO, *op. cit*., p.115 ss.
[580] *Ibidem,* p. 117.
[581] *Ibidem*.
[582] *Ibidem*, p. 118.

militare legittima"[583] o quelli che assicurano "l'efficace svolgimento delle operazioni militari legittime"[584].

2. L'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite

La legittima difesa è un istituto giuridico di massima importanza, non solo, come abbiamo già esaminato nei capitoli precedenti, all'interno del nostro ordinamento giuridico italiano, ma anche in un contesto internazionale per disciplinare i rapporti fra gli Stati. In tal senso, l'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite[585] risulta di notevole importanza.

A partire dal 24 ottobre 1945, con l'entrata in vigore della Carta O.N.U., si può affermare che la maggior parte degli Stati[586] decise di rinunciare a una parte dei propri diritti, riconosciuti dal principio di sovranità[587], per lasciare la soluzione di parecchie controversie agli organi dell'O.N.U.[588]. La maggior parte delle controversie fra gli Stati aveva ad oggetto il conflitto armato. A tal proposito è opportuno citare anche l'art. 2 n. 4 della Carta che dice:«I Membri devono astenersi nelle loro relazioni internazionali

---

[583] *Ibidem*, p. 120.

[584] *Ibidem*.

[585] L'articolo così recita: «Nessuna disposizione del presente Statuto pregiudica il diritto naturale di autotutela individuale o collettiva, nel caso che abbia luogo un attacco armato contro un Membro delle Nazioni Unite, fintantoché il Consiglio di Sicurezza non abbia preso le misure necessarie per mantenere la pace e la sicurezza internazionale. Le misure prese da Membri nell'esercizio di questo diritto di autotutela sono immediatamente portate a conoscenza del Consiglio di Sicurezza e non pregiudicano in alcun modo il potere e il compito spettanti, secondo il presente Statuto, al Consiglio di Sicurezza, di intraprendere in qualsiasi momento quell'azione che esso ritenga necessaria per mantenere o ristabilire la pace e la sicurezza internazionale» Per un approfondimento sui lavori preparatori si veda G. VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, Milano, 1988, p. 27ss; Y. DINSTEIN, *War, aggression and self defense,* Cambridge, 1994, p. 200ss; E. JIMENEZ DE ARECHAGA, *General Principles of International Law governing the conductof States*, in *General Course of Public International Law, in Recueil*, 1978, p. 96; P. LAMBERTI ZANARDI, *La legittima difesa nel diritto internazionale*, Milano, 1972, p. 193, in nota l'autore riporta le osservazioni turche sulla proposta di inserimento di un articolo sulla legittima difesa.

[586] All'inizio fu firmata da ben cinquantuno Membri.

[587] Esso è l'espressione della somma dei poteri di governo (legislativo, esecutivo, giudiziario), riconosciuta a un soggetto di diritto pubblico internazionale, come ad esempio uno Stato, che può essere una persona o un organo collegiale.

[588] L'Organizzazione delle Nazioni Unite è un'organizzazione intergovernativa a carattere internazionale. Tra i suoi obiettivi principali vi sono il mantenimento della pace e della sicurezza mondiale, lo sviluppo di relazioni amichevoli tra le nazioni, il perseguimento di una cooperazione internazionale e di favorire l'armonizzare delle varie azioni compiute dai suoi membri.

dalla minaccia o dall'uso della forza, sia contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di qualsiasi Stato, sia in qualunque altra maniera incompatibile con i fini delle Nazioni Unite». Prima della stipulazione della Carta, la rappresaglia era considerata una forma di manifestazione di autotutela di ogni Stato[589]. Essa consisteva in operazioni di carattere militare anche illecite, ma considerate sempre lecite in virtù del motivo per cui venivano poste in essere, cioè in risposta all'aggressione di un altro Stato[590]. Il significato che viene dato al termine rappresaglia sembra essere molto simile a quello con cui, nel nostro ordinamento giuridico, descriviamo le scriminanti. Tale considerazione si può fare in virtù della presenza in entrambe del principio di proporzionalità e dello spirito di autotutela che caratterizza entrambe le ipotesi. Non bisogna però cadere nel tranello poiché tra rappresaglia e legittima difesa si possono scorgere alcune particolari diversità, per esempio la prima sicuramente caratterizzata da riflessione, meditazione e accurata organizzazione, mentre la seconda mossa da immediatezza e istintività.

Un'altra differenza fra le due discipline può consistere nei motivi che spingono i soggetti ad agire. Nella legittima difesa, l'individuo agisce al solo scopo di difendersi, mentre nella rappresaglia succede spesso che lo Stato reagisca per punire lo Stato aggressore e metterlo in una condizione di totale non pericolosità[591]. Grazie all'entrata in vigore della Carta, la possibilità di ricorrere alla rappresaglia armata è stata eliminata del tutto. L'art. 51 è rimasta l'unica norma che ogni Stato, che abbia firmato la Carta,

---

[589] Trib. Mil. Territoriale, Roma, 20 luglio 1948, n.631, *Kappler*, si legge: «L'istituto della rappresaglia è stato oggetto di accurato esame da parte della dottrina internazionalistica, la quale, sulla base delle pratiche invalse, ne ha formulati il fondamento, il contenuto ed i limiti. Il fondamento della rappresaglia è dato dalla necessità di attribuire allo Stato offeso un mezzo di autotutela in conseguenza e in relazione ad un atto illecito di uno Stato straniero. L'esercizio di essa è strettamente collegato alla esistenza di una responsabilità a carico dello Stato cui si riporta quell'atto. È sulla base di questo presupposto che allo Stato offeso è dato colpire, per rappresaglia, un qualunque interesse dello Stato offensore. Quanto al contenuto è principio unanimemente accolto che la rappresaglia deve essere proporzionata all'atto illecito contro cui si dirige, ma non necessariamente della stessa natura. Il principio della proporzione caratterizza l'istituto della rappresaglia. Questa deve avere scopo repressivo e preventivo, non vendicativo. Con la rappresaglia si vuole far cessare un'attività illecita ovvero si agisce perché non si ripeta un atto lesivo. Essa, quindi, deve agire come controspinta idonea a tale scopo, non in maniera superiore poiché altrimenti si trasforma a sua volta in atto ingiusto. Questo concetto è pacifico nella dottrina internazionalista. Un limite generale esiste per la rappresaglia ed è dato dal divieto di non violare con essa quei diritti che sanzionano fondamentali esigenze».

[590] H. MCCOUBREY - N. D. WHITE, *International Law and armed conflicts*, Dartmouth, 1992, p. 11.

[591] J. COMBACAU, *The Exception of Self-Defense in United Nations Practise*, in CASSESE (ed.) *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Oxford, 1986, pag. 27; S. A. ALEXANDROV, *Selfdefense against the use of force in International Law*, L'Aja-Londra-Boston, 1996, p.17.

possa citare per invocare la legittima difesa[592]. Molto importante sottolineare che la possibilità di esercitare il diritto di autotutela in ambito internazionale è strettamente e rigorosamente limitati ai casi previsti dall'art.51, escludendo qualsiasi tipo di estensione del panorama applicativo. Già prima dell'emanazione dell'art. 51, si era sviluppata nell'ambito internazionale una particolare prassi che definiva la legittima difesa come una "causa di giustificazione di atti normalmente illeciti"[593] ed erano necessari alcuni requisiti[594]. Il primo tra tutti era quello di ricorrere alla scriminante solo dopo aver subito un'offesa da parte di un altro Stato attraverso una condotta illecita di quest'ultimo. Per quanto riguarda l'arco temporale entro cui ammettere la legittima difesa, la dottrina si divise. Chi sosteneva che potesse esistere anche una legittima difesa preventiva[595], chi sosteneva che essa dovesse necessariamente essere posta in essere solo quando fosse già avvenuto l'attacco armato o come reazione immediata ad un attacco già concluso.

Secondo requisito consisteva nell'uso della forza per porre in essere l'offesa, che giustificava la legittima difesa dello Stato aggredito. Ulteriori requisiti erano, come per la nostra scriminante, la necessità e la proporzionalità della reazione difensiva. Tutti i requisiti appena citati non trovano un richiamo esplicito all'interno della Carta, ma possono considerarsi generalmente riconosciuti anche da coloro che non abbiano ratificato il documento[596].

Una gran parte della dottrina ritiene che l'art. 51 operi solo quando l'attacco armato sia in corso, mentre le altre ipotesi sono da ricondurre al diritto consuetudinario[597] in virtù della formula "*inherent right*"[598], tradotto "diritto naturale". Infatti, la prima parte dell'articolo dice espressamente che nulla di ciò che è scritto sulla Carta può limitare o

---

[592] M. N. SHAW, *International Law, Cambridge*, 1997, 786; I. BROWNLIE*, International Law and the use of force by States*, Oxford, 1963, p. 219ss.

[593]P. LAMBERTI ZANARDI, *La legittima difesa nel diritto internazionale*, Milano, 1972, p. 119.

[594] G. VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale,* Milano, 1988, p. 30ss.

[595]N. RONZITTI, *Diritto Internazionale dei conflitti armati*, Milano, 1998, p. 31.

[596] N. RONZITTI, *Corte Internazionale di Giustizia e liceità delle armi nucleari,* in *R.D.I.*, vol. LXXIX, 1996, p. 868; H. MCCOUBREY - N. D. WHITE, *International Law and armed conflict*, p. 8ss.

[597] Per diritto consuetudinario internazionale si intende tutto l'apparato di norme non scritte di diritto internazionale generale, cioè quelle che non appartengono al diritto positivo ma che vincolano, in ogni caso, tutti gli stati membri della comunità internazionale.

[598] D.W. BOWETT, *Self-defense in International Law, Manchester*, 1958, p. 184.

pregiudicare il "diritto naturale di autotutela individuale e collettiva", dunque si parla di un particolare diritto di cui i soggetti non possono essere assolutamente spogliati[599].
La legittima difesa può dunque essere esercita solamente quando uno Stato è vittima di un attacco armato. Non è stato facile individuare le situazioni riconducibili a quello che viene definito "*armed attack*" infatti la dottrina maggioritaria ha cercato di trovare una soluzione affermando che siamo in presenza di un attacco armato in « tutte quelle situazioni che implicano un uso della forza vietato dall'articolo 2 comma 4, tale da minacciare l'integrità territoriale e l'indipendenza politica di uno Stato»[600].
Per quanto riguarda il particolare momento in cui una risposta armata possa definirsi giustificata da legittima difesa, la dottrina maggioritaria sicuramente tende ad escludere l'ipotesi di legittima difesa preventiva. L'articolo 51 va a limitare l'ambito temporale consentito[601]. Essendo la legittima difesa connotata dai requisiti di proporzionalità e necessità, sarebbe assurdo pensare di valutare la proporzionalità della difesa prima ancora di subire un attacco e sarebbe pure poco sensato parlare di necessità della difesa, ancora prima di subire un'offesa.

3. Il possibile contrasto con la legge di riforma della legittima difesa e l'art. 2 della CEDU

Tanto sul piano internazionale quanto su quello sovranazionale, il diritto alla vita, affermato innanzitutto nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea generale dell'O.N.U. nel 1948 (art. 3)[602], viene consacrato anche nell'art. 2 della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e Delle Libertà fondamentali[603].

---

[599] N. RONZITTI, *op cit.,* p. 32.
[600] In dottrina vi è chi ritiene che l'espressione "*armed attack*" dell'art.51 non possa riferirsi né a una semplice minaccia di uso della forza, né tantomeno ad un'aggressione indiretta che non implica il ricorso alle armi e che si manifesta con semplici incidenti di frontiera. A tal proposito si veda H. MCCOUBREY - N. D. WHITE, *International law,* p. 90. In senso contrario si veda, E. SCISO, *L'aggressione indiretta nella definizione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite*, in *Riv. Dir. Int.*, vol. LXVI, 1983, p. 272ss.
[601]N. RONZITTI, *op. cit.,* p. 32.
[602] A. GARGANI, *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali: il problematico confronto con l'art. 2 Cedu,* in *Leg. pen., (www.legislazionepenale.eu),* 2019, p. 1.
[603] L'art. 2 al primo comma prevede che:«Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale

Questa norma convenzionale dispone che il diritto alla vita non può ritenersi leso se la morte sia la conseguenza di un uso della forza da ritenere assolutamente necessario per difendere chiunque da una violenza *contra legem*[604].

Secondo la CEDU dunque il diritto alla vita rappresenta un diritto inalienabile della persona umana e un diritto «senza il quale il godimento di altri diritti e delle altre libertà garantite dalla Convenzione sarebbe illusorio»[605].

Per quanto riguarda l'uso della forza, esso deve risultare «assolutamente necessario, ossia strettamente proporzionato nelle circostanze»[606], dunque, a ragion di ciò, risulta doveroso mettere in pratica «un criterio di necessità più stretto ed imperioso di quello normalmente utilizzato per stabilire se l'intervento dello Stato sia «necessario in una società democratica» ai sensi del paragrafo 2 degli articoli da 8[607] a 11[608] della Convenzione"[609], poiché, se il "ricorso alla forza deve essere reso "assolutamente necessario" per raggiungere uno degli obiettivi di cui ai commi a) b) e c) del paragrafo 2"[610] e la "forza utilizzata deve essere strettamente proporzionata agli scopi così permessi"[611].

---

pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena»; il secondo comma prosegue dicendo:« La morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario: a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale; b) per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona legalmente detenuta; c) per reprimere, in modo conforme alla legge, un'insurrezione o una sommossa».

[604] A. DI TULLIO D'ELISIIS, *La nuova legittima difesa*, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 13. La Corte sostiene che tale norma "non solo salvaguardia il diritto alla vita ma stabilisce le circostanze in cui la privazione della vita può essere giustificata", sul punto, Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, ricorso n. 18984/91, sentenza Strasburgo, 27 settembre 1995.

[605] *Cfr. Pretty c. Regno Unito*, 29 aprile 2002, n.37.

[606] Corte Europea dei diritti dell'uomo, sez. II, 29 marzo 2011, n. 47357.

[607] Esso afferma:«Non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

[608] Secondo cui:«L'esercizio di questi diritti (ossia il diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà di associazione, ivi compreso il diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire a essi per la difesa dei propri interessi ndr.) non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite per legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. Il presente articolo non osta a che restrizioni legittime siano imposte all'esercizio di tali diritti da parte dei membri delle forze armate, della polizia o dell'amministrazione dello Stato».

[609] Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Causa Giuliani e Gaggio c. Italia* (Ricorso n. 23458/02) sentenza Strasburgo, 24 marzo 2011.

[610] Corte europea dei diritti dell'uomo, sez IV, ricorso n. 23458/202, sentenza Strasburgo 25 agosto 2009.

[611] *Ibidem.*

Partendo dal presupposto che le norme convenzionali fungono da "norme interposte", esse vincolano l'interprete alla ricerca di un'interpretazione conforme, dunque si tratta di valutare come influenzino la nostra disciplina interna in materia di autotutela privata[612]. L'art. 2 della CEDU può essere ritenuto un riferimento specifico al fine di valutare i margini di ammissibilità di condotte lesive di beni altrui, esperite in situazioni "conflittuali", in relazione alla nostra dottrina sulla legittima difesa[613].

È chiaro che la nostra Costituzione non consentirebbe mai una preferenza verso il bene proprietà, a discapito del bene vita[614], quindi se l'art. 2 CEDU venisse interpretato da parte dei giudici europei come un lascia passare per consentire la legittimità di azioni omicidiarie volte alla protezione della proprietà, la norma non sarebbe assolutamente applicabile da parte della nostra Consulta, in virtù del principio dei controlimiti, secondo cui i principi fondamentali della Carta e i diritti inalienabili della persona fungono da limiti non sormontabili da parte delle norme di rango sovranazionale[615].

L'art. 2 CEDU vincola direttamente gli Stati contraenti, compresa l'Italia per mezzo dell'art. 117 Cost.[616].

Secondo una dottrina minoritaria, l'articolo della CEDU si riferisce solamente a rapporti tra Stato (inteso come autorità) e cittadini, e non, invece, ai rapporti fra i privati, come nel caso dell'esimente italiana della legittima difesa[617]. La disposizione in questione porrebbe «l'obbligo in capo agli organi statali di astenersi da atti (in particolare nell'uso della forza pubblica) che possono causare intenzionalmente la morte delle persone

---

[612] A. GARGANI, *op. cit.*, p. 6. Nelle sentenze "gemelle" n. 348 e n. 349 del 2007 la Corte costituzionale era sembrata far propria la tesi secondo cui l'art. 117, comma 1, Cost. istituirebbe un vero e proprio "rinvio mobile" alle norme internazionali che impongono obblighi allo Stato italiano, in forza del quale le stesse vincolerebbero le leggi interne in quanto tali: indipendentemente, cioè, dalla adozione di appositi atti normativi interni di adattamento. Sarebbero dunque direttamente gli obblighi internazionali a "funzionare" quali norme "interposte" nei giudizi di legittimità costituzionale. Sul punto Cfr. sentenza n. 378, punto 4.5. della motivazione in diritto ("Nel caso specifico sottoposto alla valutazione di questa Corte, il parametro viene integrato e reso operativo dalle norme CEDU"); sentenza n. 379 (laddove la Corte afferma che l'art. 117, comma 1, Cost. realizzerebbe un "rinvio mobile alla norma internazionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro").

[613] D. NOTARO, *op. cit.*, p. 330.

[614] "L'opinione nettamente dominante in dottrina giunge ad escludere la legittimità di azioni omicidi arie volte a neutralizzare attentati all'altrui proprietà, sulla base dell'interpretazione letterale e logico-sistematica dell'art. 2 della Convenzione", sul punto, A. GARGANI, *op. cit*., p. 12.

[615] A. DI TULLIO D'ELISIIS, *op. cit*., p. 16.

[616] L'articolo così recita: «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

[617] V. PLANTAMURA, *L'omicidio per legittima difesa (II parte)*, in *Archivio penale*, 2015, p. 4.

soggette alla giurisdizione dello Stato»[618]. Se prendiamo in considerazione la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, si nota chiaramente come le sentenze effettuate fino ad ora, in merito a tale questione, si riferiscano solamente a fatti concernenti l'azione di pubblici poteri (attività di prevenzione/repressione della criminalità comune, organizzata e terroristica, e di tutela dell'ordine pubblico, svolte dalle forze dell'ordine) e mai a casi di autotutela privata[619].

Un'altra corrente, al contrario, sostiene che la norma convenzionale e la nostra concezione di legittima difesa siano assolutamente conciliabili[620] e in assenza di una sentenza della Corte EDU che escluda in modo assoluto l'applicabilità dell'art. 2 CEDU ai casi di autotutela privata, quest'ultima corrente è quella da preferire[621]. Tale orientamento partiva dal presupposto che l'oggetto della protezione non può dipendere dal soggetto che la offende, ma la tutela della vita è da considerarsi universale[622]. Dunque gli obblighi di adeguamento graverebbero sia sul legislatore italiano, che sarebbe a non estendere il campo applicativo delle scriminanti oltre le eccezioni stabilite dall'art. 2 della CEDU, sia sul giudice interno tenuto a porre in essere interpretazioni restrittive e convenzionalmente orientate, per tenere al riparo le scriminanti da possibili censure di illegittimità costituzionale[623].

Ma si può costatare come nessuna delle due tesi possa considerarsi risolutiva. La prima troppo incentrata al dettame consuetudinario, portando il giudice interno ad un estremo vincolo interpretativo collegato alle uniche previsioni previste dalla CEDU. La seconda tesi, troppo settoriale e limitativa a una sola categoria di soggetti, escludendo tutto

---

[618618] F. BESTAGNO, *Sub Art. 2, in Commentario breve alla C.e.d.u.*, diretto da S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, Padova, 2012, p. 36ss.

[619] R. MARINO, P. CASTELLETTI, *La nuova legittima difesa. Commento organico alla L. 26 aprile 2019, n. 36*, Napoli, 2019, p. 37.

[620] A. DI TULLIO D'ELISIIS, *op. cit.*, p. 15. Tale orientamento sostiene che operando "direttamente il bilanciamento tra il diritto alla vita dell'aggressore e i contrapposti diritti dell'aggredito nelle ipotesi di legittima difesa (…) l'art. 2 CEDU sancisca la legittima soccombenza del primo nelle (sole) ipotesi in cui siano in gioco diritti personali dell'aggredito" e dunque la chiara prevalenza del diritto alla vita dell'aggressore in tutte le altre ipotesi (compresa quella di aggressione al patrimonio). Sul punto vedi anche, F. VIGANÒ, *Spunti per un 'progetto alternativo' di riforma della legittima difesa*, in *Aa. Vv., Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI – C.E. PALIERO, Milano, 2006, p. 2039. A ragion di ciò, discende l'illegittimità costituzionale e convenzionale, alla stregua degli articoli 117 cost. e 2 CEDU, di disposizioni legislative che sanciscano la liceità dell'uccisione di chi attenti solamente al patrimonio altrui, anche se il ladro sia scoperto dentro il domicilio del proprietario, poiché gli estremi della "violenza illegittima", ex art. 2, comma 2 lett. a) CEDU, non sono ancora integrati.

[621] A. DI TULLIO D'ELISIIS, *op. cit*., p. 15.

[622] F. DIAMANTI*, Il diritto incerto. Legittima difesa e conflitto di beni giuridici*, in *RIDPP*, 2016, p. 1369.

[623] F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?,* in *AA. VV., La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, in *Dir. pen. cont., Archivio 2010-2019*, p. 292.

quello che concerne la tutela della vita degli individui nel campo privato[624]. Chiaro e palese è il concetto per cui, ogni legislatore interno, nella stesura della disciplina della legittima difesa, è tenuto a prendere in considerazione il rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo, sanciti dalla CEDU, in primis il diritto alla vita. Ciò soprattutto nei casi in cui il soggetto ponga in essere un'autodifesa omicidiaria[625]. L'obbligo di disciplinare e delimitare la legittima difesa in ambito privato trova fondamento proprio nel diritto alla vita: gli Stati sono tenuti ad evitare che il riconoscimento del diritto all'autodifesa assuma una tale lo standard di tutela di tale diritto fondamentale.[626]

La compatibilità fra l'articolo della CEDU e la disciplina della legittima difesa è stata ampiamente esaminata e approfondita nell'ambito della dottrina tedesca[627], divisa tra chi riteneva assolutamente inapplicabile la norma convenzionale al di là della sfera di attività dei pubblici poteri e chi era a favore della legittimità convenzionale della giustificazione di reazioni difensive omicidiarie poste in essere con dolo eventuale[628].

Secondo la Corte Europei dei Diritti dell'Uomo tale articolo non è diretto solo ad imporre agli Stati firmatari di astenersi dal compiere azioni dirette a mettere a rischio l'incolumità degli individui, ma richiede che essi dispongano all'interno dei propri ordinamenti delle specifiche normative volte alla tutela e alla salvaguardia di tali diritti, in particolar modo volte alla protezione dell'integrità fisica del singolo contro eventuali comportamenti scorretti e criminali da parte di terzi. Ciò non significa imporre agli Stati di prevedere qualsiasi tipo di azione criminale e pericolosa per gli altri, proprio per l'innumerevole casistica e l'infinito numero d'ipotesi che potrebbe integrare una condotta illecita. Ciò che sostiene l'articolo 2 della CEDU è la doverosa predisposizione, da parte degli Stati aderenti, di adeguate misure di tipo legislativo e

---

[624] L'art. 13 CEDU afferma: «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali». Dunque ciò sembrerebbe supporre che la lesione medesima possa essere posta in essere anche individui privati. Contro tale argomentazione si è espresso però il *Bundesjustizministerium* nel 1958 in Germania: v. D. SICILIANO*, Das Leben des fliehenden Diebes*, p. 118.

[625] J. A. HESSBRUEGGE, *Human Rights and Personal Self-Defense*, in *International Law*, Oxford 2017, p.242.

[626] A. GARGANI*, op. cit.,* p. 11-12.

[627] In tema, v., ad es., P. BOCKELMANN, *Menschenrechtskonvention und Notwehrrecht*, *in Festschrift fur Karl Engisch zum 70. Geburstag*, Frankfurt am Main, 1969, p. 468ss.

[628] V.C.ROXIN, *Le "limitazioni etico-sociali" del diritto di legittima difesa*, in Id., *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, Napoli, 1996, p. 274ss.

amministrativo in grado di poter prevenire ed evitare rischi per la vita e l'incolumità dei singoli individui.

La nuova norma sulla legittima difesa pone dunque un raffronto fra i beni in conflitto: da una parte il domicilio violato e l'incolumità del proprietario, e dall'altra il bene vita dell'intruso, dichiarando l'incondizionata prevalenza del primo e la soccombenza del secondo[629], fermo restando il rispetto dei requisiti richiesti dalla scriminante.

C'è da aggiungere però che il principio che si può desumere è che nessun ordinamento potrà ammettere l'uccisione dell'ingiusto aggressore per fini di tutela di beni giuridici non attinenti alla persona dell'ingiustamente aggredito, infatti il sacrificio di beni giuridici personali dell'ingiusto aggressore non è coperto dalla scriminante se volto alla tutela di beni giuridici diversi da questi.[630]

Il secondo comma però precisa che la privazione della vita non deve essere assolutamente in contrasto con il divieto posto al comma primo, quando cioè si ricorra alla forza per questioni di totale necessità contro una violenza illegittima. Le ultime previsioni del secondo comma non fanno altro che enunciare tutti i casi in cui il rispetto della privazione della vita altrui subisca delle eccezioni tassative. Esse fanno riferimento alle previsioni che nel nostro codice penale si trovano agli articoli dal 51,52,53,che disciplinano rispettivamente l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere, la difesa legittima e l'uso legittimo della armi, rientranti tutte nella categoria della cause di giustificazione nel nostro ordinamento italiano.

Analizzando più accuratamente l'articolo 2 della CEDU, siamo in presenza di legittima difesa esclusivamente quando un soggetto agisce per proteggere i propri interessi personali , senza fare nessun riferimento a un qualsiasi rapporto di proporzione fra il grado di violenza illegale aggressiva subita e l'entità della reazione letale[631]. L'art 2 della CEDU si preoccupa più di rispettare il diritto alla vita in generale piuttosto che l'integrità fisica della persona offesa.

---

[629] R. MARINO, P. CASTELLETTI, *op. cit*., p. 38.

[630] *Ibidem*, p. 39. Gli autori infatti sostengono che se uno Stato decidesse di accettare nel proprio ordinamento giuridico l'omicidio di una persona per tutela beni di carattere patrimoniale, ben sarebbe responsabile di una violazione dell'art. 2 CEDU. L'art. 2 ammette il sacrificio della vita umana solo se necessario per proteggere una persona da una violenza illegale. Dunque la difesa sarà coperta dalla causa di giustificazione solo se volta alla protezione dei beni vita e incolumità individuale e se tale azione sia assolutamente necessaria a tal fine.

[631] D. NOTARO, *op. cit.*, p. 331.

Secondo la disciplina convenzionale sembrerebbe che non si pongano problemi di illegittimità di esimenti (più) permissive come quella speciale di cui al nostro art 52.,c.p.[632] La disciplina convenzionale sembrerebbe rinunciare a voler imporre quel rigido e severo parametro di legittimità della legittima difesa imposto dal nostro codice e optare per una disciplina più permissiva. Un'altra differenza con la disciplina italiana potrebbe consistere nel regolare soltanto quelle uccisioni provocate in maniera intenzionale, senza dare spazio a fatti difensivi assistiti da dolo eventuale o colpa[633], ma anche questa tesi viene respinta, soprattutto grazie a una pronuncia della Corte Europea[634]. Nella sentenza la Corte afferma l'esigenza di creare «un sistema di garanzie adeguate ed effettive contro l'arbitrio e l'abuso della forza e anche contro gli incidenti evitabili»[635] ed episodi di involontaria causazione di morte come conseguenza di comportamenti negligenti dei funzionari dello Stato[636]. Si comprende come l'equilibrio fra le varie disposizioni della Convenzione[637] sia affidato all'interpretazione teleologica delle medesime e al rapporto di valore che concretamente si attribuisca agli interessi e alle esigenze sociali[638].

Si può aggiungere che una delle maggiori differenze con la disciplina italiana della legittima difesa, è il mancato riferimento al requisito della proporzionalità in ambito convenzionale. Per il legislatore italiano è orientamento consolidato quello di dar grandissima importanza a quei due requisiti della reazione difensiva che portano a giustificarla, cioè la presenza della "necessità" di cagionare la morte dell'aggressore per proteggere la propria vita e incolumità fisica da una violenza ritenuta illegale e la "proporzionalità", tra l'offesa ricevuta e la difesa, considerata condizione assoluta per

---

[632] D. NOTARO, *op. cit.,* p. 332

[633] V. PLANTAMURA, *op. cit.*, p. 198.

[634] Corte eur. Dir. Uomo, Sez. IV, 25 agosto 2009, n. 23458*, Giuliani e Gaggio c. Italia*, in *Cass. pen*., 2009, n. 4960.

[635] Corte eur. dir. uom., Grande Camera, 6 luglio 2005, n. 43577, *Nachova c. Bulgaria*, 97; Corte eur. dir. uom., Grande Camera, 20 dicembre 2004, n. 50385*, Makaratzis c. Grecia*, p. 57-58.

[636] Corte eur. dir. uom., Grande Camera, 30 novembre 2004, n. 48939, *Öne c. Turchia*, p.70ss, in merito all'uccisione provocata dall'accidentale esplosione di una discarica di rifiuti, che si era riversata sulle vicine abitazioni.

[637] L'art. 15, comma 2, CEDU, che afferma l'inderogabilità assoluta, in tempo di pace, della garanzia della vita; l'art. 17 CEDU che afferma: «Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione»; l'art. 18 CEDU che recita: «Le restrizioni che, in base alla presente Convenzione, sono poste a detti diritti e libertà possono essere applicate solo allo scopo per cui sono state previste»

[638] D. NOTARO, *op. cit*., p. 333.

l'applicazione della scriminante. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo , in merito alla proporzionalità, ha espresso la sua opinione cercando di colmare la lacuna dell'articolo. È opinione consolidata che la necessità di uccidere qualcuno per proteggersi da una violenza o aggressione, implica tacitamente una proporzionalità della condotta omicidiaria rispetto alla violenza subita[639] ha affermato che:«Il requisito concede un margine di rilevanza "performante" alla prospettiva di valutazione in cui versa il soggetto agente, più ancora di quanto emerga con l'applicazione dell'art 52 c.p. da parte della giurisprudenza italiana»[640].

Occorre però fare delle precisazioni a riguardo. L'articolo della CEDU ha come finalità quella di garantire una base minima di tutela e salvaguardia del diritto alla vita e ciò non preclude ovviamente al legislatore di voler incrementare la tutela a livello nazionale. È necessario verificare in realtà se le legislazioni nazionali, molto meno preoccupate del rispetto al diritto alla vita e più inclini a tollerare reazioni difensive non proprio moderate, rispettino i dettami della CEDU .

Possiamo affermare, dunque, che le convenzioni hanno un ruolo "sub-costituzionale" per il fatto che sono classificate come parametro interposto dell'art. 117 della Costituzione, che determina i vincoli internazionali cui è sottoposto il nostro ordinamento interno. Dunque in questo sistema di tutela che può definirsi "di multilivello", il fine ultimo è proprio quello di assicurare la versione migliore dello standard di garanzie a tutela dei diritti individuali sia da un punto di vista nazionale che internazionale, ma soprattutto la sicurezza della garanzia di un livello minimo di tutela della vita che ogni Stato, assecondando il dettame della CEDU, è tenuto ad assicurare agli individui.

Il fattore personalistico della disciplina spicca qui in maniera imprescindibile infatti il divieto di proteggere sé stessi per tutelare propri interessi patrimoniali, anche in ambito internazionale, è del tutto pacifico. Infatti si può affermare che «quando si tratta di difendere interessi di rango personale, d'altronde, la condotta omicidiaria è comunque tenuta a rispettare condizioni di "minima" proporzionalità parametrate al fine difensivo ragionevolmente emergente al momento della decisione di agire»[641].

---

[639] Come affermato dalla Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 6 luglio 2005, n. 43577, *Nachova c. Bulgaria*, p. 94. Sul punto A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla vita (art.2 CEDU)*, in *Dir., pen., cont. Riv. Trim*.,1/2011, p. 206.

[640] Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. V, 23 maggio 2019, n. 542/13, *Chebab c. Francia.*

[641] D. NOTARO, *op. cit.*, p. 340

La relazione di adeguatezza risulta parametrata in base alle finalità cui la norma dà rilievo per procurare la morte dell'aggressore, infatti si parla di proporzione dell'uso della forza allo scopo di proteggere la persona da una violenza illegale, di eseguire un arresto legale o di impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta, o ancora di neutralizzare una sommossa o un'insurrezione[642]. Il giudice in questo caso dovrebbe «porsi in un'ottica ex ante e considerare se, sulla base degli elementi a sua conoscenza, l'agente poteva avere l'*honest belief* di dover fronteggiare un attacco letale»[643].

Pur non essendoci pronunce della Corte di Strasburgo in merito, come abbiamo potuto comprendere, la dottrina tende ad escludere la legittimità della condotta omicida al fine di proteggere un diritto, ed esempio, di proprietà. Non è chiaro se tale ragionamento possa essere applicato anche alla protezione dei diritti patrimoniali all'interno del proprio domicilio. Tale situazione dubbia ha portato ogni Stato a prendere, all'interno del proprio ordinamento, soluzioni diverse. In Germania, la Corte Federale di Giustizia ha concesso l'ammissibilità dell'uso della forza letale da parte di privati in difesa dei beni patrimoniali di valore significativo[644]. In Spagna, la Corte Suprema spagnola ha invocato molto spesso il secondo comma dell'art. 2 CEDU per circoscrivere alla difesa della persona da una violenza illegale la liceità dell'uso letale della forza, con la conseguente affermazione di illegittimità di esiti omicidi ari correlati alla difesa di beni patrimoniali[645]. L'esclusione della tutela di beni patrimoniali è dunque affermata dalla dottrina dominante che afferma l'impossibilità di difesa di tali beni a discapito della vita umana, tanto nell'ambito della vita privata di ogni individuo tanto nel rapporto fra autorità e cittadino.

Per quanto riguarda la nuova disciplina della legittima difesa domiciliare consacrata dalla riforma del 2019, due sono in definitiva gli interrogativi concernenti la legittimità sollevati attraverso il confronto tra tale nuova normativa e l'art. 2 della CEDU. Il primo ricade sul dubbio se siano rispettati i principi e i valori di salvaguardia della vita e

---

[642] D. NOTARO, *op. cit.,* p. 336.

[643] A. TAMIETTI, *Un caso di cattiva applicazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo tra confusione con il diritto comunitario e interpretazione restrittiva del diritto alla vita,* in *Cass. Pen.*, 2003, p. 3843.

[644] V., ad es., Bundesgerichtshof, 12 febbraio 2003 BGH StR 403/32, BGHSt 48, p. 207.

[645] V., ad es., Tribunal Supremo, 20 dicembre 1986, n. STS 7246/1986; 19.4.1988, n. 2792/1988; 11 aprile 1995, n. STS 2148/1995.

dell'incolumità pubblica sanciti dalla Convenzione e il dubbio se siano esercitate in concreto disparità di trattamento tra situazioni apparentemente omologhe[646].

In merito al primo dubbio sollevato , bisogna analizzare e verificare il rapporto che sussiste fra la riforma del 2019 e il combinato disposto degli art.117 Cost. e art 2. CEDU e il limite della riserva di legge in materia penale, arrivando dunque a dichiarare invalide determinate condizioni previste dal codice penale (le scriminanti). Essere in contrasto con la Convenzione vorrebbe dire non riuscire a garantire nemmeno quello standard minimo richiesto. Ma da come si evince dalla riforma, questo standard si può ritenere assolutamente garantito[647].

Prendendo in considerazione invece il secondo dubbio sollevato, il timore era proprio quello di creare una sorta di corsia di favore per chi subisse una violenza all'interno del proprio domicilio e godesse dunque di una tutela maggioritaria rispetto alla legittima difesa tradizionale. In merito a ciò, è doveroso citare l'art. 8 della CEDU in riferimento al valore della vita privata, la riservatezza familiare e la dimensione domiciliare ritenuti, al pari di tutti gli altri diritti della persona, doverosamente rispettabili. Da una parte dunque la protezione della vita familiare, privata e domiciliare, e dall'altra la presenza del requisito della proporzione fra azione eseguita per proteggersi e azione aggressiva subita. In merito, la Corte Costituzionale tenne a precisare che «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit»*[648]. La Corte continua dicendo che: «L'irragionevolezza della presunzione assoluta si può cogliere tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»[649], cioè quando appaia probabile, evidente e manifesta l'incongruenza di un trattamento omologo di situazioni fra loro dissimili per valore.

---

[646] D. NOTARO, *op. cit.,* p. 346.
[647] D. NOTARO*, op. cit*., p. 340.
[648] Locuzione latina che testualmente significa "ciò che accade di solito". Così in tema di ammissione al gratuito patrocinio dello Stato Corte Cost., 16 aprile 2010, n.139, in *Giur. cost*., 2010, p. 1655, la quale richiama a supporto Cort. Cost., 27 luglio 1982, n.139, in *Riv. It. proc. pen*.,1982, p. 1584 e in *Foro.it*, 1983, p. 292. Per una coeva affermazione della potenzialità discriminatoria di presunzioni assolute riguardanti la condizione personale dell'agente v. Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 249, in *Giur. cost*., 2010, p. 2996 con nota di F. VIGANÒ*, Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*.
[649] Conf. Corte Cost., 25 febbraio 1999, n. 41, in Foro it., 1999, p. 1110, e in *Giur. it*., 1999, p. 2189. Sul punto, v. G. LEO, *Un primo caso accertato di irragionevolezza nella disciplina degli effetti «indiretti» della recidiva*, in *Riv. Dir. proc. Pen*., 2011, p. 1793ss.

L'unica soluzione sarebbe dunque un intervento correttivo da parte della Corte Costituzionale, in modo tale da non far apparire questo presunto contrasto con le norme convenzionali e non compromettere l'impegno stipulato dall'Italia con gli Stati appartenenti alla CEDU per la salvaguardia del valore della vita di qualunque individuo[650].

C'è da dire però che, nella maggior parte dei casi, le disposizioni legislative necessitano di un'interpretazione più accurata in sede di applicazione giurisprudenziale, perciò i veri limiti della causa di giustificazione sono decisi dai giudici attraverso le loro sentenze,in particolare quelle delle corti supreme, che danno vita a un'interpretazione della norma alla luce sia dei principi sanciti dalla Costituzione, sia di quelli sanciti dalla carte dei diritti o dalla giurisprudenza delle corti sovranazionali, come la CEDU[651].

4. Casi giurisprudenziali della Corte EDU

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo è ritenuta di fondamentale importanza nel nostro ordinamento per chiarire la portata dell'art. 2 della Convenzione, soprattutto per il contributo che essa apporta per donarne un'interpretazione più autentica possibile[652].

La tutela assoluta del diritto alla vita, inteso come cardine del sistema stabilito dalla Convenzione, trova la sua applicazione in ambito giurisprudenziale in due sentenze, riferite a due casi di cronaca molto celebri e che fecero molto scalpore all'epoca dei fatti.

La prima sentenza è "Giuliani e Gaggio contro Italia" (sentenza del 24 marzo 2011 – Ricorso n. 23458/02 – Giuliani e Gaggio c. Italia)[653].

---

[650] D. NOTARO, *op. cit.*, p. 355.

[651] G. INSOLERA, *Quando la difesa è legittima? Il diritto della paura e la paura del diritto*, Milano, 2020, p. 46.

[652] P. BEVERE, *op. cit.*, p. 66.

[653] Cort. eur. dir. uom., *Giuliani e Gaggio c. Italia*, 24 marzo 2011, n. 23458/02. La sentenza riguarda l'omicidio di un giovane manifestante durante l'evento del G8 avvenuto l'1 luglio 2001 a Genova. In quel periodo in città furono organizzate numerose manifestazioni "no global" e le autorità italiane avevano attivato un ingente dispositivo di sicurezza, ricorrendo anche al personale militare delle forze armate. Era stata disposta nella città una "zona rossa", situata all'interno del centro storico, interessata agli incontri del G8, in modo da consentirvi l'accesso ai soli residenti o addetti ai lavori. Questa zona rossa sarebbe servita a respingere ogni tentativo d'intrusione da parte di terzi e predisporre in giro per la città una linea di difesa per far fronte a qualsiasi tipo di pericolo di aggressione esercitato dai manifestanti, sicuramente favoriti dagli effetti di massa. Il 20 luglio Carlo Giuliani insieme a un gruppo di manifestanti parecchio

La famiglia Giuliani fece ricorso alla Corte di Strasburgo il 18 giugno 2002 in virtù dell'art. 34 della CEDU[654], criticando apertamente il sistema della sicurezza italiana[655]. Il GIP pronunciò una sentenza di non luogo a procedere per gli indagati grazie all'invocazione dell'uso legittimo delle armi e della legittima difesa[656]. La famiglia del ragazzo sollevò il ricorso alla Corte Europea dei diritti dell'uomo e il 13 marzo 2007 il ricorso fu dichiarato "ricevibile"[657], invocando l'art.2 della CEDU e sostenendo che l'azione del carabiniere rientrasse tra le azioni caratterizzate da un uso eccessivo della forza e proprio per questo non giustificate da nessun appoggio normativo.

Nel 2009, dunque dopo due anni dalla proposizione del ricorso, la Corte di Strasburgo stabilì che il pubblico ufficiale avesse agito per legittima difesa, negando l'utilizzo dell'eccessivo uso della forza e sostenendo che la reazione difensiva trovasse la sua giustificazione nella percezione da parte del carabiniere dell'imminente e reale pericolo per la sua vita e per i suoi colleghi.[658] I famigliari fecero ricorso contro la sentenza nel

---

aggressivi e tutti a volto coperto accerchiano una jeep dei carabinieri, rimasta bloccata da un cassonetto. I manifestanti, armati di pietre, bastoni e spranghe di ferro riescono a rompere i finestrini laterali posteriori e il lunotto, lanciando nei confronti delle forze dell'ordine offese e un estintore addosso alla macchina. A bordo delle jeep si trovano tre carabinieri, di cui uno riesce ad ottenere il permesso dai piani alti per salire sopra la cappotta della macchina e allontanarsi dal luogo degli scontri. Ferito e in preda al panico, si protegge con uno scudo e intima ai manifestanti di andarsene se no li avrebbe uccisi. Egli estrae la sua beretta e spara due colpi in direzione del lunotto. Uno colpisce Carlo Giuliani.

[654]L'art. 34 CEDU afferma: «La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto».

[655]Essi "accusavano lo Stato di non aver adottato le disposizioni legislative, amministrative e regolamentari necessarie per limitare al massimo le conseguenze nefaste dell'uso della forza, di non aver organizzato e pianificato le operazioni di polizia in modo conforme all'obbligo di tutelare la vita e di non avere svolto un'inchiesta efficace sulle circostanze del decesso del loro familiare" sul punto, Cort. eur. dir. uomo, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, 24 marzo 2011, n. 23458/02.

[656] *Ibidem.* Stando ai filmati, si è concluso che il colpo di pistola era stato sparato verso l'alto e fosse rimbalzato su un sasso scagliato da un altro manifestante e per giustificare la fuga dopo il colpo, i pubblici ufficiali affermarono di non aver visto il ragazzo a terra.

[657] Se l'esito è positivo, la causa viene decisa del merito con *sentenza*, mentre, se l'esito è negativo, la Corte dichiara la cancellazione della causa dal ruolo con *decisione*.

[658] Cort. Europea, *Legittima difesa di Placanica*, in *Adnkronos*, 25 agosto 2009. Secondo la posizione di Mario Placanica, il carabiniere indagato, dagli atti del processo si evince come egli si fosse trovato insieme agli altri carabinieri in una situazione di totale sommossa cittadina caratterizzata da folle di gente definite totalmente fuori controllo e dotate di proiettili e lacrimogeni. Il giudice delle indagini preliminari, che raccolse la testimonianza del carabiniere, descrisse la sua situazione psicologica come totalmente caratterizzata dal panico e il colpo di pistola non era assolutamente stato rivolto e "diretto" alla vittima ma all'esigenza di difendersi da qualsiasi aggressione proveniente dall'esterno della camionetta, essendo il carabiniere già coperto di lividi e ferite per precedenti scontri con la folla in tumulto. Dunque il carabiniere ha sempre affermato di aver agito per legittima difesa e la sua reazione è stata d'impeto e totalmente istintiva, poiché si sentiva in una situazione di totale pericolo per la propria vita e incolumità fisica.

2010. Il 24 marzo 2011 la Corte ha emesso una nuova sentenza assolvendo pienamente lo Stato Italiano per non aver violato la Convenzione ma criticando solamente la gestione italiana degli scontri e l'assenza d'indagini sulle mancanze del dispositivo di sicurezza della conferenza[659].

La Corte EDU ha affermato che l'art. 2 della Convenzione copre non solo l'omicidio volontario, ma anche le situazioni di legittimo "ricorso alla forza" dalle quali può derivare anche l'evento morte[660]. Come già ampiamente ribadito, per essere legittimo, il ricorso alla forza deve essere "assolutamente necessario" per il conseguimento di uno degli obiettivi di cui all'art. 2, par. 2, lett. a), b) e c)[661].

La Corte di Strasburgo, alla luce dell'importanza che l'art. 2 può avere all'interno di una società democratica come la nostra, è chiamata ad esaminare con molta accuratezza e con massima attenzione i casi in cui la morte sia provocata a seguito dell'uso deliberato della forza e valutare, non solo gli atti posti in essere dagli agenti dello Stato che l'hanno utilizzata, ma anche tutte le altre circostanze, in particolar modo la preparazione e il controllo delle azioni in questione[662].

In un'altra sentenza la Corte EDU, nel valutare la legittimità del ricorso alla forza letale, ha ritenuto di non potersi sostituire all'agente nella valutazione della situazione, quando quest'ultimo si è trovato a dover reagire contro quello che lui percepiva come pericolo per la sua vita (Bubbins c. Regno Unito, n. 50196/99, CEDU, 2005-II)[663].

---

[659] Cort. Eur., *Case of Giuliani and Gaggio v. Italy*, 24 marzo 2011, Application n. 23458/02. A differenza della posizione della famiglia Giuliani secondo cui il colpo di pistola era stato sparato in maniera "diretta" e volontaria, senza aver subito alcuna deviazione da agenti esterni, la Corte riteneva che egli fosse in una condizione tale da temere per la sua vita e quella dei suoi colleghi, al punto tale da reagire in maniera del tutto istintiva e irrazionale e senza calibrare le conseguenze del proprio agire, per la paura di morire a sua volta.

[660] P. BEVERE, *op. cit*., p. 66.

[661] "La Corte rammenta che l'art. 2 è uno degli articoli fondamentali della Convenzione e che nessuna deroga ai sensi del'art. 15 è ad esso autorizzata in tempo di pace. A guisa dell'art. 3 della Convenzione, esso sancisce uno dei valori fondamentali delle società democratiche che formano il Consiglio d'Europa", si vedano *Andronicou e Costantinou c. Cipro*, 9 ottobre 1997, n. 171, Recueil des arrêts et décisions 1997-VI, e *Solomou ed altri c. Turchia*, n. 36832/97, 24 giugno 2008); "Le eccezioni indicate nel paragrafo 2 mostrano che l'art. 2 riguarda sì i casi in cui la morte sia stata inflitta intenzionalmente, ma anche che quello non è il suo unico oggetto. Considerato nel suo complesso, il testo dell'art. 2 dimostra che il paragrafo 2 non indica prima di tutto le situazioni in cui è consentito infliggere intenzionalmente la morte, bensì descrive quelle in cui è possibile fare 'ricorso alla forza' e, con ciò, dare involontariamente la morte. Il ricorso alla forza deve tuttavia essersi reso 'assolutamente necessario' per raggiungere uno degli obiettivi di cui ai commi a), b) o c) (*McCann ed altri c. Regno Unito*, 27 settembre 1995, n. 324, e Solomou ed altri, succitata).

[662] P. BEVERE, *op. cit*., p. 67.

[663] *Ibidem.*

La Corte sostiene che, anche se i termini utilizzati per disciplinare la legittima difesa in Italia e attraverso la CEDU non sono gli stessi[664], la differenza della due disposizioni normative può essere colmata attraverso le interpretazioni dei giudici interni, come è successo nella sentenza Giuliani, in cui l'art. 52 c.p. è stato interpretato nel senso di autorizzare l'uso della forza letale solamente come ultima scelta e solo se altre azioni meno pregiudizievoli non sono idonee ad evitare il pericolo[665].

Il secondo caso che merita di essere portato come esempio, è la sentenza "McCann e altri contro Regno Unito"[666]. La Corte di Strasburgo, anche in questa sentenza, riaffermò che l'uso letale della forza viene valutato come legittimo solo se non eccessivo e proporzionato ai limiti imposti dalla legge, dunque ritenendo necessarie solo quelle condotte finalizzate alla tutela della vita umana[667].

L'accusa affermava la violazione dell'articolo 2 della CEDU, poiché si considerò che la forza adoperata dagli agenti sarebbe stata decisamente da ritenere eccessiva e l'uccisione dei tre malviventi determinata dall'incapacità da parte degli agenti di individuare una proporzionalità tra l'esigenza di rispondere alla minaccia e il diritto alla vita dei sospetti. La condotta degli agenti fu considerata premeditata e caratterizzata da negligenza e incompetenza. La Corte, nella sentenza ha più volte sostenuto che l'uso legale della forza è considerato legittimo solo se non eccessivo, proporzionato rispetto

---

[664] L'art. 52 c.p. parla di "necessità" della difesa, "attualità" del pericolo e "proporzionalità" tra difesa e offesa. La necessità richiesta sembra riguardare la mera esistenza di un bisogno imperioso, mentre la necessità "assoluta" richiesta dalla Convenzione impone di fare una valutazione tra i mezzi disponibili per raggiungere un medesimo scopo, optando per quello meno dannoso per la vita altrui. Sul punto, P. BEVERE, *op. cit*., p. 68.

[665] *Ibidem*.

[666] Cort. Eur., *McCann e altri c. Regno Unito*, 27 settembre 1995, n. 194. In questa sentenza i fatti si riferiscono a un gruppo di membri, noto per essere esperto di esplosivi, che stavano progettando di fare un attentato a Gibilterra. Le autorità del Regno Unito, Spagna e Gibilterra erano a conoscenza di questo ipotetico progetto terroristico che, con molta probabilità, si sarebbe realizzato attraverso l'utilizzo del meccanismo di detonazione a distanza. I terroristi, dopo essere riusciti a oltrepassare la dogana senza subire nessuna resistenza, un giorno si fermarono in un parcheggio. I soldati, nel mentre, stavano controllando la scena e prima di avvicinarsi all'auto sospetta, aspettarono che tutti i membri della banda si fossero allontanati dalla macchina. Dopo una perlustrazione veloce del mezzo e aver notato che l'antenna della macchina era molto più vecchia rispetto al mezzo che appariva quasi nuovo, si evinse da ciò che quella era un'auto-bomba. Tre soldati vennero dunque mandati all'inseguimento dei criminali. Un soldato riuscì a raggiungere McCann e quest'ultimo, difendendosi con bruschi modi aggressivi, fece pensare al soldato che avesse intenzione di azionare la bomba. L'agente, a ragion di ciò, decise di sparare al malvivente. Lo stesso trattamento e la stessa fine subirono gli altri soggetti della banda raggiunti dagli altri soldati. I corpi vennero poi perquisiti e non venne trovato nulla. Neppure la macchina conteneva qualche ordigno.

[667] P. BEVERE, *op. cit*., p. 68.

ai fini e conforme ai limiti stabiliti dalla legge[668]. Vengono ritenute necessarie solo quelle condotte strettamente finalizzate alla tutela della vita umana e dell'integrità delle persone coinvolte in operazioni di polizia[669]. Le forze dell'ordine, devono ispirarsi al principio di precauzione e mettere in atto tutte quelle misure che consentano di ridurre al minimo l'utilizzo legale della forza, in una sorta di (delicatissimo) bilanciamento tra tutela della vita delle potenziali vittime di aggressione criminale e tutela della vita degli aggressori[670].

Per la difesa invece la violazione dell'articolo non ci fu mai stata poiché si riteneva che l'uso della forza letale fosse assolutamente necessario per difendere l'intera popolazione della Gibilterra contro una violenza ritenuta illegittima. Il rischio per l'intera popolazione era concreto, attuale e reale e i soldati furono messi nelle condizioni di prendere nell'immediato una decisione che avrebbe potuto avere conseguenze totalmente negative per tutta la società, infatti, la minaccia di un attacco terroristico e la sua reale avvenuta avrebbero potuto avere conseguenze del tutto catastrofiche. Le operazioni furono condotte con assoluta ragionevolezza e le decisioni prese da considerare ponderate. L'unico scopo degli agenti era quello di esercitare un arresto. Vista la delicatezza della materia, con particolare riferimento al tema dell'emergenza terroristica, la giurisprudenza non appare priva di oscillazioni.

La Corte, in primo luogo, ritenne di dover verificare se l'attività della polizia fosse stata pianificata e gestita in modo da ridurre al minimo il rischio per la vita delle per le persone coinvolte, compresi i responsabili di atti illegali[671]. Tuttavia è stato affermato l'illegittimo ricorso all'uso della forza per salvare vite innocenti quando si fondi sulla convinzione, formatasi in buona fede, dell'esistenza di determinate circostanze, considerate valide al momento dei fatti, ma in seguito verificate come erronee[672]. La

---

[668] T. F. GIUPPONI, *Diritto alla vita, uso legale della forza e gestione nazionale della sicurezza pubblica: i più recenti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, (Intervento al Convegno "*Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*", Università di Bologna, Accademia delle Scienze, 5 marzo 2010, p. 2.

[669] Così, per tutte, *McCann e altri c. Regno Unito*, 27 settembre 1995, n. 194.

[670] T. F. GIUPPONI, *Diritto alla vita, uso legale della forza e gestione nazionale della sicurezza pubblica: i più recenti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, (Intervento al Convegno "*Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*", Università di Bologna, Accademia delle Scienze, 5 marzo 2010.

[671] Così, *McCann e altri c. Regno Unito*, 27 settembre 1995, n. 201.

[672] *Ibidem*, n. 200.

Corte continua dicendo che, dopo aver verificato la sussistenza sul piano sostanziale della necessità e la proporzionalità della condotta, deve essere concessa la possibilità ai parenti delle vittime di avere accesso a tutte le informazioni del caso[673].

Un'altra sentenza che merita di essere citata è "Alikaj contro Italia" (Corte EDU, Sez. II, sent. 29 marzo 2011, Pres. Tulkens, ric. N. 47357/08, Alikaj e altri c. Italia), in cui la Corte ribadisce come ogni uso della forza deve essere "assolutamente necessario", cioè proporzionato alle circostanze[674].

In questa sentenza la Corte ammise all'unanimità la violazione dell'art. 2 CEDU, sulla base di alcune precise argomentazioni e affermò che:«L'art. 2, che garantisce il diritto alla vita, si annovera tra gli articoli fondamentali della Convenzione e consacra uno dei valori fondamentali della società democratica che fanno parte del Consiglio d'Europa. La Corte deve esaminare in maniera estremamente attenta le doglianze di violazione di questa disposizione … *omissis* … 62. Come mostra il testo stesso dell'articolo 2, al comma 2, il ricorso alla forza – che cagioni la morte delle persone – da parte di agenti di polizia può essere giustificato a date condizioni. Ma qualsiasi uso della forza – nondimeno – deve essere 'assolutamente necessario', ossia deve essere strettamente proporzionato alle circostanze nelle quali è legittimo causare la morte esigono un'interpretazione restrittiva»[675].

---

[673] *Ibidem*, n. 163. La Corte di Strasburgo dichiarò che l'articolo 2 non era stato violato da un punto di vista di mezzi investigativi, né tantomeno sostenne la premeditazione degli omicidi. Per quanto riguarda i difetti di pianificazione e controllo sollevati dall'accusa, la Corte sostenne che i soldati si trovavano in buona fede al momento degli spari, vista la reale minaccia che i terroristi avrebbero potuto innescare per l'intera popolazione della Gibilterra. Il reale sbaglio da parte dei soldati fu l'insufficienza con cui è fu descritto il sistema di detonazione e la scarsità del rilievo probatorio esercitato nella macchina. Dunque solamente da questo punto di vista, si considerò esercitata la violazione dell'art. 2 CEDU, poiché considerate inadeguate le precauzioni utilizzate dalle forze dell'ordine che conseguentemente hanno portato a un esercizio della forza più esagerato del necessario.

[674] Il caso si riferisce all'omicidio di Julian Alikaj, per mezzo di un colpo d'arma da fuoco di un ufficiale della polizia nel 1997. Il giovane si trovava a bordo di un'auto insieme ad altri tre amici , albanesi come lui, e stava percorrendo l'autostrada Milano - Bergamo. La polizia, insospettita dall'andatura del veicolo troppo elevata, aveva intimato loro di fermarsi. I quattro ragazzi, una volta fermata la macchina, iniziarono a scappare lungo la scarpata ai fianchi dell'autostrada. Dopo aver sparato due colpi in aria in segno di avvertimento, uno degli agenti aveva inseguito il ragazzo in mezzo al buio (poiché egli non aveva una torcia) e aveva esploso un colpo che colpì direttamente Alikaj nel cuore, uccidendolo all'istante. Sul punto, P. BEVERE, *op. cit*., p. 69.

[675675] P. BEVERE, *op. cit*., p. 69. L'autrice riporta anche un altro punto della sentenza, "64. Oltre a enunciare le circostanze che possono giustificare il fatto di cagionare la morte, l'articolo 2 comporta il dovere fondamentale per lo Stato di assicurare il diritto alla vita mettendo in atto un quadro giuridico e amministrativo adeguato, che definisca le circoscritte occasioni nelle quali i rappresentanti delle forze dell'ordine possono far ricorso alla forza e fare uso delle armi da fuoco, tenuto conto delle linee guida internazionali in materia (v. sentenza *Makaratzis* (…). Conformemente al summenzionato principio di stretta proporzionalità, che è inerente all'articolo 2 (*McCann* e altri) il quadro giuridico nazionale che

Alla luce del fatto che l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 2 della Convenzione postula come requisito fondamentale dell' "assoluta necessità" la proporzionalità, risulta compatibile con detto articolo qualsiasi ordinamento giuridico interno che rispetti tale requisito[676].

disciplina le operazioni di arresto deve subordinare il ricorso alle armi da fuoco ad una minuziosa valutazione della situazione e, soprattutto, ad una valutazione della natura del reato commesso dal fuggitivo e della minaccia che egli rappresenta".

[676] P. BEVERE, *op. cit*., p. 70.

CONCLUSIONI

Giunti alla conclusione di questa tesi, si può comprendere come l'obiettivo sia stato quello di ripercorrere tutti i passi decisivi dell'evoluzione dell'istituto giuridico della legittima difesa, dalle origini ai giorni nostri. In particolar modo, si è compreso come tale disciplina abbia subito, nel corso del tempo, importanti e significative riforme che hanno contribuito ad allargare e completare l'ambito applicativo della scriminante. Il vecchio art. 52 c.p. non sembrava più all'altezza di tutelare in modo soddisfacente qualsiasi fattispecie, ma semplicemente risultava essere una garanzia standard da cui ricavare gli elementi fondamentali dell'istituto giuridico in esame.

Abbiamo analizzato con precisione tutti i requisiti per poter parlare di legittima difesa e compreso che non sempre risulta facile dare a essi, soprattutto in tema di "proporzione" e "necessarietà", un'interpretazione unica e statica.

Tenuto conto sia della riforma del 2006 sia di quella del 2019, abbiamo esaminato i pro e i contro che le nuove leggi hanno apportato all'interno del sistema legislativo giuridico e, in particolar modo, nella società, poiché da sempre il legislatore si è impegnato a soddisfare le esigenze dei cittadini attraverso la stesura di norme consone anche a trovare appoggio nell'opinione pubblica. Si è appurato come le riforme legislative abbiano dato risposta, sia positiva sia negativa, ad interessi ed emozioni diffuse. In particolar modo abbiamo potuto notare come l'ultima riforma abbia dato una svolta decisiva alla legittima difesa domiciliare, quasi arrivando a farci pensare che la difesa dalla criminalità sia data in mano totalmente al cittadino attraverso una sorta di "giustizia fatta da sé", avendo la nuova disciplina allargato le 'maglie' del principio di proporzionalità tra offesa e difesa.

Si è appurato come la legittima difesa possa essere caratterizzata tanto da elementi soggettivi, quanto oggettivi e non necessariamente debba rispettare la vecchia impronta del codice, basata solo su quelli oggettivi.

Si è cercato di sciogliere i dubbi e chiarire i fraintendimenti che hanno dominato la discussione e la decisione pubblica sulla riforma della legittima difesa, soprattutto in merito sia al concetto di sicurezza, ritenuto bene veramente prezioso per il cittadino come singolo e anche nella sua dimensione sociale, sia intorno ai limiti che, qualsiasi

soggetto vittima di aggressione, deve rispettare nella sua reazione difensiva attraverso l'uso della forza. Si è dimostrato come la riforma della causa di giustificazione e la sua estensione all'ambito domiciliare da parte di chi detenga legittimamente un'arma ha determinato non la diminuzione dei fatti violenti, ma al contrario un loro notevole aumento. In maniera direttamente proporzionale, anche il ladro è stato messo nelle condizioni di premunirsi di analoghi strumenti per far fronte a una reazione letale della vittima. Partendo dal presupposto che quasi certamente il malvivente è maggiormente dedito e pratico nell'uso delle armi in confronto all'aggredito, come abbiamo visto, non sono mancati fatti di cronaca che hanno avuto esiti drammatici.

Ci si è preoccupati di risolvere il problema dell'ipotetica illegittimità che una previsione di tale tenore potesse provocare nei confronti dell'impegno dell'Italia con la CEDU e con i principi sanciti dalla nostra stessa Costituzione. In merito a tale quesito abbiamo capito che pur essendo stato introdotto l'avverbio "sempre" alla previsione della fattispecie domiciliare, la riforma non ha comportato nessun mutamento di fatto della presunzione che resta certamente interpretabile in un'ottica costituzionalmente orientata.

Ci si è soffermati a comprendere quanto il diritto internazionale e quello europeo possano influire all'interno dei nostro ordinamenti interni, molto spesso condizionati anche in maniera molto incisiva. Il confronto con la disciplina della legittima difesa contenuta negli ordinamenti giuridici di altri Paesi, con uno specifico approfondimento per la normativa in Germania, è stato utile per comprendere quanto sia vantaggioso il diritto penale comparato nello studio degli istituti giuridici di ogni ordinamento nazionale, poiché soltanto attraverso la comparazione fra i codici, abbiamo potuto scoprire come la disciplina tedesca, apparentemente molto diversa rispetto a quella italiana, in realtà non sia così dissimile dalla nostra. Pur non avendo una previsione espressa della proporzione, come avviene all'interno del codice Rocco, abbiamo scoperto che essa può essere rilevata in via interpretativa .

Insomma abbiamo potuto costatare come la comparazione abbia offerto dati molto diversi fra i vari Paesi: quelli che preferiscono fare un'analisi approfondita per accertare la sussistenza di un pericolo attuale per l'aggredito, di una necessità difensiva e di una proporzionalità fra offesa e difesa; quelli che, invece, adottano criteri di maggior ampiezza ed elasticità a favore dell'aggredito; chi preferisce una presunzione "quasi"

assoluta, in cui però l'elemento della proporzionalità va desunto attraverso le interpretazioni giurisprudenziali.

Abbiamo costatato come la previsione dell'istituto della legittima difesa sia assolutamente fondamentale per la tutela della nostra vita e integrità fisica, tanto all'interno della nostra vita privata quanto in società. È necessario che in merito ad essa ci siano meno dubbi applicativi possibili, poiché, come abbiamo notato anche dagli esempi proposti in questa tesi, è facile per chiunque incorrere in eccessi o errori sulla reale portata o presenza della scriminante. A conferma di ciò sono stati riportati ed esaminati famosi casi di cronaca molto importanti che hanno dimostrato come sulla legittima difesa, anche dopo le riforme, vi siano ancora molte perplessità e conflitti mediatici.

La disciplina di questa scriminante dovrebbe rimanere, per sua natura, in continua evoluzione, essendo totalmente dipendente dagli eventi che incidono sulla società e dalle esigenze dei cittadini. In conclusione non resta che attendere ulteriori sviluppi interpretativi e applicativi sulla nuova riforma, in modo tale da non trovarsi nella situazioni in cui i cittadini travisino il dato normativo, ritenendo di poter "legittimamente" offendere qualunque intruso nella propria dimora, pur senza la presenza di una stretta necessità di una tale reazione.

Propagandare che è sempre legittimo togliere la vita all'estraneo che si limiti a mettere in pericolo solo i beni patrimoniali senza intaccare l'incolumità personale della vittima, orienta l'opinione pubblica a credere che il bene vita non sia più quello da considerare supremo, ma che ci siano valori più importanti per cui lottare, come ad esempio la tutela della proprietà. Tale messaggio ha finito per insediarsi nella mente delle persone anche quando, nella fattispecie concreta, non vi sia una reale necessità di uccidere.

In questa tesi è stato messo in luce il rapporto di fiducia fra cittadini e Stato e soprattutto le aspettative dei primi nei confronti delle istituzioni. Lo Stato piuttosto che aumentare il numero delle forze di polizia, ha preferito delegare il cittadino verso una "giustizia fai da te". Inoltre le contraddittorie risposte della giurisprudenza, hanno portato il popolo ad avere sfiducia nella magistratura, che invece di chiarire la portata della legittima difesa, ha creato molto spesso solo troppi dubbi.

Si è dimostrato come l'importanza della Costituzione e dei valori da essa sanciti siano un fatto incontrastabile e inopinabile. I principi da essa inneggiati possono essere

considerati dei capisaldi all'interno della nostra democrazia poiché valorizzano la tutela della vita di tutti i cittadini che ne fanno parte. In tal senso, anche a discapito dell'apparenza, qualsiasi disposizione normativa va letta in un'ottica costituzionalmente orientata.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDROV S.A., *Selfdefense against the use of force in International Law*, L'Aja-Londra-Boston, 1996.

ANGELINI M., *L'elemento soggettivo nella scriminante della legittima difesa*, in *Ind. Pen*., 2001.

ANGIOINI A., *Le cause che escludono illiceità obiettiva penale*, Milano, 1930.

ANGIONI F., *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. It. dir. pen. proc.*, 1989.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale,* Milano, 1997.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2000.

ARU L., *Difesa legittima (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, V, Torino, 1957.

BAGNATI F., *Spunti di ricerca su fuga e legittima e legittima difesa*, in *Arch. pen*.,1992.

BARONE N., *Legittima difesa, Mattarella firma ma scrive alle Camere «Turbamento sia effettivo»,* in *Il sole 24 ore*, 2019.

BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005.

BARTOLI R*., Verso la "legittima offesa"?, Brevi considerazioni sulla riforma in itinere della legittima difesa* in *Dir. pen. cont*., *01/2019.*

BELLAGAMBA F., *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007.

BERNARDI A., PASTORE B., PUGIOTTO A., *Legalità penale:tre atti di una crisi*, Milano, 2008.

BEVERE P., *La legittima difesa*. *Aggiornato alla legge 26 aprile 2019, n.36,* Torino*,* 2019.

BINDER G., *An introduction to U.S law : Criminal law*, New York, 2016.

BITZILEKIS N., *Die neue Tendenz zur Einchränkung des Notwehrrechts unter besonderer Berücksichtgung der Notwehrprovokation*, Berlin, 1984.

BOCKELMANN P., *Menschenrechtskonvention und Notwehrrecht*, *in Festschrift fur Karl Engisch zum 70. Geburstag*, Frankfurt am Main, 1969.

BOCKELMANN P., VOLK K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* München, 1987.

BOWETT W., *Self-defense in International Law, Manchester*, 1958.

BRICOLA V., *Prospettiva e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967.

BROWNLIE I.*,International Law and the use of force by States*, Oxford, 1963.

BUFFONE G., La "nuova" legittima difesa: diritto naturale all'autodifesa o licenza di uccidere?, in *www.altalex.com,* 27 gennaio 2016.

CALORE G.*, Legittima difesa (diritto canonico)* in *Enc. dir*., XXIV, Milano, 1974.

CARRARA F., *Diritto della difesa pubblica e privata (Prolusione al corso accademico dell'anno 1859-1860)*, in *Opuscoli di diritto criminale del Professor Francesco Carrara*, IV ed., Vol. I, Prato, 1885.

CATENACCI M., *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale,* in *Dolcini-Paliero* (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006.

CENDERELLI F., *Legittima difesa e provocazione. Rilievi comparatistica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1978.

COLAO F.*, Paura e legittima difesa. Questioni di «moderame» tra Otto e Novecento, in Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2019.

COMBACAU J., *The Exception of Self-Defense in United Nations Practise*, in CASSESE (ed.) *TheCurrent Legal Regulation of the Use of Force*, Oxford, 1986.

CONSULICH F., *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, in *Giurisprudenza Penale Web,* 2019.

CONSULICH F., *Lo stato penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018.

CORNELISSEN C., D'OTTAVIO G., *La Repubblica di Weimar: democrazia e modernità,* Torino, 2021.

CRIVELLARI G., *Il Codice penale per il Regno d'Italia interpretato sulla scorta della dottrina, delle fonti, della legislazione comparata e della giurisprudenza, III, Art. 31-60,* Torino, 1892.

DALIA A.A., *Offesa ingiusta e fatto ingiusto altrui nel diritto penale, in Arch. Pen.,* 1963.

DDL 1899 e DDL 2287, *Resoconto Sommario dell'Assemblea, seduta n. 736 di martedì 24 gennaio 2006*, in *www.camera.it*.

DDL 1899 e DDL 2287, *Resoconto stenografico*, seduta del 6 luglio 2005, in *www.senato.it.*

DE FRANCESCO G.A., *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2011.

DE HULLU J, VELDT-FOGLIA M. I., *Legittima difesa. Olanda*, in *AA. VV., Casi di diritto penale comparato*, 1931.

DE LEONARDIS G., *Pubblicata in gazzetta ufficiale la "nuova" legittima difesa*, in *Quotidiano giuridico*, 2019.

DE MICHELE P., *Se la reazione è proporzionata, non sussiste il risarcimento del danno da legittima difesa*, in *Diritto e Giustizia online*, fasc. 0, 2012.

DEL VECCHIO G., *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano, 1963.

DELPINO L., PEZZANO R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Napoli, 2021.

DI SIMONE M.R., *Istituzioni e fonti normative dell'Antico Regime al fascismo*, Torino, 2007.

DI TULLIO D'ELISIIS A., *La nuova legittima difesa*, Santancargelo di Romagna, 2019.

DÍAZ PALOS F., *La legitima defensa (estudio tecnico y juridico),* Barcelona, 1971.

DINSTEIN Y.,*War,aggression and self defense,* Cambridge, 1994.

DOLCINI E, GATTA G.L., *Commentario al codice penale*, in *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it,* 2020.

F. BESTAGNO, *Sub Art. 2, in Commentario breve alla C.e.d.u.*, diretto da S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, Padova, 2012.

F. CARRARA, *Diritto della difesa pubblica e privata (Prolusione al corso accademico dell'anno 1859-1860)*, in: *Opuscoli di diritto criminale del Professor Francesco Carrara,* quarta edizione, Vol. I, Prato, 1885.

FALCHI G.F., *Diritto penale romano,* I, Padova, 1932.

FERRARINI C., *Diritto penale romano,* in *Completo trattato di diritto penale*, Milano, 1894.

FERRI E., *Sociologia criminale, Vol. I*, Torino, 1929.

FEUERBACH P.J.A.*, Lehrbuch des gemeines in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts,* Gießen, 1847.

FIANDACA G., MUSCO E.*, Manuale di diritto penale*, *Parte Generale*, VII. ed., Bologna, 2016.

FIORE C., FIORE S., *Diritto penale, parte generale, Vol. I*, Milano, 2016.

FISCHER T., *Strafgesetzbuch mit Nebengesetz*, München, 2016.

FLEINER T., LIDIJA R., *Constituional Democracy in a Multicultural and Globalidsed World: English translation from the German 3rd recise edition "Allgemeine Staatslehre",* Berlin-London, *2009.*

FLORA G., *Brevi riflessioni sulla recente modifica dell'art. 52 c.p.: il messaggio mass mediatico ed il "vero" significato della norma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2006.

FORNASARI G., *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993.

FORTE G., *I nuovi confini della legittima difesa*, in *Cass. pen.,* 2006.

FROSALI R. A., *Sistema penale italiano,* Torino, 1959.

GALLO M., *Appunti di diritto penale*, II ed., Torino, 2000.

GALLO M., *La legittima difesa continua a piacer poco agli italiani,* in *Moralité, Quaderno di critica del diritto*, Napoli, 2011.

GAMBERINI A., *Percorsi autoritari ed esiti simbolici della riforma della legittima difesa,* in *AA. VV., La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. INSOLERA, Padova, 2006.

GARGANI A., *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali: il problematico confronto con l'art.2 CEDU,* in *Leg. Pen. (www.lalegislazionepenale.eu),* 2019.

GARGANI A., *Il diritto all'autotutela in un privato domicilio: un'ipotesi speciale di legittima difesa? Le modifiche apportate all'art. 52 c.p. dalla legge 13 febbraio 2006, n.59,* in *AA. VV., La riforma della legittima difesa*, a cura di C. Piemontese, Pisa, 2008.

GAROFALI R., *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, XI ed., Bari, 2015.

GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte generale e speciale. Analisi di Principi generali, Istituti e Problematiche dottrinali e giurisprudenziali, edizione a cura di G. Di Base – D. De Letterio*, Molfetta-Roma, 2021.

GATTA G.L., *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento. Sul disegno di legge di "Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa", approvato definitivamente dal Senato il 28 marzo 2019*, in *Diritto Penale Contemporaneo* 1 aprile 2019.

GATTA G.L., *La nuova legittima difesa sul domicilio: un primo commento*, in *www.penalecontemporaneo.it, 2019.*

GATTA G.L., *Sulla legittima difesa "domiciliare": una sentenza emblematica della Cassazione (caso Birolo) e una riforma affrettata all'esame del Parlamento. A proposito di Cass. Sez.IV, 20 giugno2018, n. 29515, Pres. Fumu, Rel. Ferranti, ric. Ursu e della progettata riforma della legittima difesa domiciliare (d.d.l.nn. 5, 199, 234, 253, 392, 412, 563, 652 - testo unificato)*, in questa *Rivista*, 22 ottobre 2018.

GIOVAGNOLI R., *Studi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2008.

GIUPPONI T.F., *Diritto alla vita, uso legale della forza e gestione nazionale della sicurezza pubblica: i più recenti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, (Intervento al Convegno "*Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*", Università di Bologna, Accademia delle Scienze, 5 marzo 2010.

GRANDE E., *La legittima difesa armata negli Usa: un buon modello per l'Italia?,* in *http://temi.repubblica.it/micromega-online/la-legittima-difesa-armata-negli-usa-un-buon-modello-per-l-italia*, 2018.

GROSSO C.F., *Difesa legittima e stato di necessità,* Milano, 1964.

GROTTO M., *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012.

GRÜNHUT M., *The divelopment of the German Penal System 1920-1921, in «The Canadian Bar Review»,* 1944.

HESSBRUEGGE J.A., *Human Rights and Personal Self-Defense,* in *International Law*, New York-Oxford, 2017.

HOBBES T., *Leviatano*, trad. it. di G. MICHELI, Firenze, 1976, I ristampa 1988.

IGLESIAS RÍO M. A, *Fundamento y requisitos de la legítima defensa*, Comares, 1999.

INSOLERA G., *Quando la difesa è legittima? Il diritto della paura e la paura del diritto*, Azzate, 2020.

JESCHECK H.- WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlino, 1996.

JIMENEZ DE ARECHAGA E. , *General Principles of International Law governing the conductof States*, in *General Course of Public International Law,* in *Recueil*, 1978.

KANT I., *Scritti morali*, a cura di P. Chiodi, Torino, 1970.

KIM J. Y., *The rhetoric of self-defence, in Berkeley Journal of Criminal Law*, Vol. XIII, Issue 2, Fall 2008.

KÜHL K., *Angriff und Verteidigung bei der Notwehr*, in *Juristische Aus bildigung*, 1993.

LAFAVE W. R. , *Substantive Criminale Law*, Thomson Reuters, 2017.

LAMBERTI ZANARDI, *La legittima difesa nel diritto internazionale*, Milano, 1972.

LENCKNER T.,*Der rechtfertigender Notstand: zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches,* Tübingen, 1965.

LOCKE J., *Il secondo trattato sul governo*, trad. it. Di A. Gialluca, Milano, 1998, IX ed., 2017.

LUZON PEÑA D.M., *Aspectos esenciales de la legìtima defensa,* Barcellona, 2018.

MAIWALD M., *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema penale italiano*, a cura di Vincenzo Militello, Torino, 1993.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte Generale*, III ed., Padova, 2009.

MANTOVANI F., *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.,* 2006.

MANTOVANI V.F., *Diritto penale, parte generale*, Padova, 1992.

MANZINI V., Trattato di diritto penale secondo il codice del 1930, Vol. II, Torino, 1933.

MARINO R., CASTELLETTI P., *La nuova legittima difesa, Commento organico alla L.26 aprile 2019, n.36 (Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa)*, Napoli, 2019.

MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto Penale. Parte generale*, VIII ed., Milano, 2019.

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Codice penale commentato*, Milano, 2006.

MAURACH R-ZIPF H-JÄGER C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1992.

MCCOUBREY H., WHITE N.D., *International Law and armed conflicts*, Dartmouth, 1992.

MELODIA S.*, Sistema del doppio binario e garanzie individuali: il controllo dell'autore imputabile pericoloso nel diritto penale francese*, Tesi di laurea, Università degli Studi di Milano, 2013, in *Dir. Pen. Cont., Archivio 2008-2009.*

MERRITT A.J.-MERRITT R., *Public opinion in Occupied Germany,* Chicago, 1970.

MILITELLO V., *La proporzione nella nuova legittima difesa:morte o trasfigurazione?*,in *Riv.it. dir.proc. pen*., 2006.

MOSTARDINI C., *Brevi riflessioni su un particolare caso di omicidio ritenuto scriminato dalla "legittima difesa domiciliare putativa incolpevole", Nota a Corte d'Assise di Appello di Brescia, sent. 12 febbraio 2016* (dep. 5 maggio 2016), n. 17118, in *Dir. pen. cont*., 2017.

MUSACCHIO V., *Legittima difesa: così come è scritta sarà dichiarata incostituzionale*, in *www.articolo21.org.,* 2019.

N. CAROLEO GRIMALDI, *Osservazioni a Cass. pen., sez. V, data udienza Ud. 30 marzo 2017, data deposito (dep. 25 settembre 2017), n. 44011,* in *Cassazione penale,* fasc. 7-8, 2018.

NEGRI G., *Legittima difesa, le regole all'estero*, in *Il sole 24 ore*, 5 maggio 2017.

NOTARO D., *I delitti contro l'inviolabilità e la riservatezza del domicilio*, in AA. VV., *Tratatto di diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Parte speciale, IX, *I delitti contro la libertà sessuale, la libertà morale, l'inviolabilità del domicilio e l'inviolabilità dei segreti,* Torino, 2011.

NOTARO D., *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, Torino, 2020.

NOTARO D., *La legittima difesa domiciliare*: *una scriminante "sensibile" ad istanze scusanti?,* in AA. VV., *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, a cura di G.A. De Francesco, E. Marzaduri, Torino, 2016.

ONDEI E., *La legittima difesa nella vigente e nella futura legislazione*, in *Giust.pen*, 1946.

PADOVANI T., *Diritto penale,* XI ed., Milano, 2017.

PADOVANI T., Diritto penale, XII ed., Milano, 2019.

PADOVANI T., *La condotta omissiva nel quadro della difesa legittima,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* Pisa, 1970.

PADOVANI T., *Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze*, in *Guida al diritto. Il sole 24 ore,* 2006.

PALAZZO F.C, *Corso di diritto penale. Parte generale*, VII ed., Torino, 2018.

PALICI DI SUNI PRAT E.- CASSELLA F.-COMBA M., *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, Padova, 1998.

PAOLETTI A., *Il disegno di legge sulla legittima difesa approvato dal Senato Italiano il 24 ottobre 2018 e la possibilità di una difesa domiciliare sempre legittima*, 7 novembre 2018, in *www.diritto.it.*

PARODI G.*, I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale,* Milano, 1990.

PERRON W.*, Rechtvergleichende Betrachtungen zur Notwehr*, in *AA.VV*., *Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburstag*, hrsg. Von J. Arnold-B Burkhardt-W. Gropp-G. Heine-H. Georg Koch-O. Lagodny-W. Perron-S Walther, München, 2005.

PELISSERO M., *Diritto penale. Appunti di parte generale*, Torino, 2021.

PIERDONATI M., *La proporzione nella difesa legittima: il "momento" e la "base" del giudizio, in Ind. pen.*, 2003.

PIFFERI M.*, L'individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento*, Milano, 2013.

PISA P., *La legittima difesa tra Far West ed Europa*, in *D.P.P.*, 2004.

PISANI N., *La legittima difesa*, in M. RONCO (diretto da), *Commentario sistematico al codice penale, Il reato*, tomo II, Bologna, 2011.

PLANTAMURA, *L'omicidio per legittima difesa*, *II parte*, in *Archivio penale*, 2015.

PUCCIONI G.*, Il codice penale toscano illustrato sulla scorta delle fonti del diritto e della giurisprudenza, Vol. I*, Pistoia, 1855.

PUFENDORF S., *Il diritto della natura e delle genti*, a cura di N. Bobbio e F. Todescan, Milano, 2018.

PULITANÒ D., *Diritto penale*, VI ed., Torino, 2013.

RADESCO F., *Limiti all'uso di un'arma a propria o altrui difesa: no a reazioni indiscriminate*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 0, 2014.

ROBINSON P. H., *Criminal Law Defenses: A Systematic Analisys*, in www.jstor.org, 1982.

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004.

RONCO M., *Il reato*, II, Bologna, 2007.

RONCO M., voce *«Legittima difesa»* in *Digesto delle discipline penalistiche, Agg.,* IV, Torino, 2008.

RONNAU T., Vor § 32, in *Leipziger Kommentar*, XII ed., Berlino, 2006.

RONZITTI N., *Corte Internazionale di Giustizia e liceità delle armi nucleari,* in *Riv. dir. int*., vol. LXXIX, 1996.

RONZITTI N., *Diritto Internazionale dei conflitti armati*, Milano, 1998.

ROXIN C., *Da quale momento un'aggressione è attuale e dà origine al diritto di legittimadifesa?*, a cura di S. Moccia, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, Napoli, 1996.

ROXIN C., *Le "limitazioni etico-sociali" del diritto di legittima difesa*, in Id., *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, Napoli, 1996.

ROXIN C., *Le "limitazioni etico-sociali" del diritto di legittima difesa. Tentativo di bilancio, in ID., Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 2008.

ROXIN C., *Strafecht Allgemeiner Teil,* Berlin, 2005.

SANTAMARIA D., *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1961.

SARNO F., SARNO M., *L' evoluzione della legittima difesa*, Milano, 2008.

SCHIAFFO F., *La "sicurezza privatizzata": ipotesi ermeneutiche su legittima difesa e dintorni*, 2011.

SCHÜNEMANN H., *Die deutschsprachige Strafrechtwissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, in Goldtammer's Archiv für Strafrecht*, 1986.

SEMERARO P., *Riflessioni sulla riforma della legittima difesa e sull'autotutela in un privato domicilio,* in *Cass. pen.,* 2006.

SGUBBI F., *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, Padova, 2006.

SHAW M. N., *International Law, Cambridge*, 1997.

SICILIANO D., *"Al privato onesto un'arma legittima" Una genealogia della legittima difesa a tutela del patrimonio nel sistema giuridico italiano*, in *Questione di Giustizia*, 2019

SICILIANO D., *Das Leben des fliehenden Diebes: Ein strafechtliches Politikum*, Frankfurt a. M, 2013.

SICILIANO D., *Della violenza nel diritto penale fascista. Il caso della legittima difesa a tutela del patrimonio*, Firenze, 2013.

SICILIANO D., *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*: *da Carrara a Rocco,* in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II ed., 2006.

SIRACUSANO P., voce *Eccesso Colposo*, in Dig. Disc. Pen., IV, Torino.

SIROTTI GAUDENZI E., PAOLINI C., *La legittima difesa dopo la riforma. Legge 26 aprile 2019, n. 36. (G.U. N. 102 DEL 3 MAGGIO 2019). Con tabella di raffronto tra vecchia e nuova normativa*, San Giustino (Pg), 2019.

SPADOLINI G., *Le costituzioni federali di civil law dell'Europa. La Repubblica Federale di Germania*, in *Rivista online della Biblioteca "Giovanni Spadolini"*, a cura del Settore orientamento e informazioni bibliografiche, n. 39, giugno 2017, in *www.senato.it.*

SPAGNOLO G., *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, 1980.

SPENDEL G., *§32*, in *Lipezieger Kommentar*, XI ed., Berlino, 1992.

STEFANI G., LEVASSEUR G., BOULOC. B, *Droit pénal général,* XVIII ed., Parigi, 2003.

STOPPATO A., *Il diritto del proprietario di apprestare nella sua casa mezzi per uccidere il ladro notturno*, in *La Cassazione unica*, 1898.

SZEGÖ A., *Ai confini della legittima difesa. Un'analisi comparata*, Padova, 2003.

TALANI M., *Legittima difesa e stato di necessità*, Roma, 2014.

TAMIETTI A., *Un caso di cattiva applicazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo tra confusione con il diritto comunitario e interpretazione restrittiva del diritto alla vita,* in *Cass. Pen.*, 2003.

TESSITORE G., *Fascismo e pena di morte. Consenso e informazione*, Milano, 2000.

TONINELLO A., *La legittima difesa in Europa e in Italia dopo la l. n. 59 del 13 febbraio 2006*, tesi di dottorato, 2011.

TRÖNDLE H., FISCHER T., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 2003.

VALLINI A., *I nuovi spazi della legittima difesa nel panorama di un diritto penale "mediatico",* in *AA.VV.*, *La riforma della legittima difesa*, 2008.

VENTURINI G., *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, Milano, 1988.

VIGANÒ F., *Obblighi convenzionali di tutela penale?,* in *AA. VV., La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, in *Dir. pen. cont., Archivio 2010-2019.*

VIGANÒ F., *Spunti per un progetto "alternativo" di riforma della legittima difesa*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2005.

VIGANÒ F., *Sulla 'nuova' legittima difesa,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006.

VINCIGUERRA S., *Il codice penale tedesco*, Padova, 2003.

VON SODEN J. F., *Geist der teutschen Criminal-Geseze*, 1783.

WEBER W., *Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz*, Göttingen, 1949.

WEIGEND T., JESCHECK H.H., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlino, 1996.

WIELAND C., *Geist der peinlichen Gesetze*, 1784.

ZIESCHANG T., *§ 33*, in *Liepziger Kommentar*, Berlin, 2006.